

Gesetzliche Grundlagen
rechtspolitische und gesetzgeberische Probleme
der

Sterilisation von Geisteskranken

insbesondere nach
schweizerischem Recht

DISSERTATION

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Böckli
von Frauenfeld

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. H. Nef



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Gesetzliche Grundlagen
rechtspolitische und gesetzgeberische Probleme
der
Sterilisation von Geisteskranken

insbesondere nach
schweizerischem Recht

DISSERTATION
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Böckli
von Frauenfeld

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. H. Nef

Verlag P. G. Keller — Winterthur

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1953.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



Alle Rechte vorbehalten.

Copyright 1954 by Verlag P. G. Keller, Winterthur, Switzerland, and the author.

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1	Einleitung	7
-----	----------------------	---

I. Abschnitt

Gesetzliche Grundlagen der Sterilisation von Geisteskranken

§ 2	Übersicht über die ausländische Gesetzgebung	
	I. Vereinigte Staaten von Nordamerika	11
	II. Japan	16
	III. Andere überseeische Gebiete	17
	IV. Grossbritannien	17
	V. Skandinavien	18
	VI. Deutschland	19
	VII. Estland	23
	VIII. Summarischer Vergleich der deutschen mit der amerikanischen Gesetzgebung	24
§ 3	Der eugenische Gesichtspunkt im schweizerischen Recht	
	I. Das Bundesrecht	25
	a) Das schweizerische Strafgesetzbuch	25
	b) Der eugenische Gesichtspunkt im Zivilrecht	26
	II. Das kantonale Recht	32
	a) Kanton Waadt	32
	b) Kanton Bern	35
§ 4	Systematische Zusammenfassung der grundsätzlichen gesetzlichen Lösungen	38

II. Abschnitt

Rechtspolitische Probleme der Sterilisation von Geisteskranken

§ 5	Das Leben und die Gesundheit als Rechtsgüter	
	I. Das Leben	40
	II. Die Gesundheit	42
	III. Das Leben und die Gesundheit der zukünftigen Generation . .	43
	a) Das keimende Leben	44
	b) Das potentielle Leben	46

§ 6 Die juristische Problematik der Geisteskrankheit	
I. Der Begriff der Geisteskrankheit	47
a) Der medizinische Begriff	47
b) Der juristische Begriff	49
II. Die Stellung der Geisteskranken im schweizerischen Recht	51
III. Der rechtliche Schutz vor Geisteskrankheit	52
§ 7 Das Problem der Willensäußerung	
I. Die Körperverletzung bei der Sterilisation	55
II. Die Rechtfertigung der Körperverletzung	56
a) Das Prinzip des überwiegenden Interesses	57
b) Das Prinzip des mangelnden Interesses	57
c) Der Satz „volenti non fit iniuria“	57
III. Insbesondere die Rechtfertigung der eugenischen Sterilisation	59
IV. Die Willensäußerung des Sterilisanden	60
§ 8 Die Interessenlage in Hinsicht auf die Nachkommenschaft	
I. Das Interesse des Individuums an der Nachkommenschaft	62
II. Das Interesse der Ehegatten an der Nachkommenschaft	64
III. Das Interesse des Staates an der Nachkommenschaft	65
IV. Das Interesse der Nachkommenschaft	67

III. Abschnitt

Gesetzgeberische Probleme der Sterilisation von Geisteskranken (de lege ferenda) in der Schweiz

§ 9 Die Zwecke der Sterilisation	
I. Die medizinischen Zwecke der Sterilisation	69
a) Der therapeutische Zweck	69
b) Der prophylaktische Zweck nicht-eugenischen Charakters	70
c) Der eugenische Zweck	70
II. Die nicht-medizinischen Zwecke der Sterilisation	71
III. Synkrisis	73
§ 10 Die Verfassungsmässigkeit von Sterilisationsgesetzen	
I. Die Arten der Verfassungsmässigkeit	76
II. Die Kompetenzmässigkeit	77
a) Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen	77
1. Die generelle Zuständigkeit der Kantone	77
2. Die spezielle ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes	78
3. Die „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit von Bund und Kantonen	81

b) Die Zuständigkeit zur Sterilisationsgesetzgebung	84
1. Rechtliche Erwägungen	84
2. Insbesondere die Subsumtion unter BV 69	86
aa) die Übertragbarkeit einer Krankheit	86
bb) die starke Verbreitung einer Krankheit	90
cc) die Bösartigkeit einer Krankheit	92
3. Politische Erwägungen	94
III. Die materielle Verfassungsmässigkeit	100
a) Die Ideologie der individuellen Freiheitsrechte	100
b) Der normative Begriff der Freiheitsrechte im schweizerischen Verfassungsrecht	101
1. In den Kantonsverfassungen	102
2. In der Bundesverfassung	102
3. Das Verhältnis der Verfassungsgarantien von Bund und Kantonen	103
c) Die Sterilisationsgesetzgebung und die persönliche Freiheit . .	104
1. BV 69 als Vorbehalt gegen die persönliche Freiheit . . .	104
2. Die Sterilisation und die Frage der Verfassungsmässigkeit des Zwangs	106

§ 11 Gesetzgeberische Gestaltungsfragen

I. Zwang oder Freiwilligkeit	108
a) Das Zwangsprinzip	109
b) Das Prinzip der Freiwilligkeit	110
c) Die virtuellen Möglichkeiten staatlicher Einwirkung	110
II. Die Ausgestaltung des Antragsrechts	112
III. Die vormundschaftliche Zustimmung	113
IV. Die Stellung des Ehegatten	115
a) Das Mitspracherecht	115
b) Die stellvertretende Sterilisation	117
V. Die gesetzliche Kautelenordnung	118
VI. Systematische Darstellung der vorgeschlagenen Regelung (Tabelle)	119

Anhang I

Gerichtliches Urteil betr. Sterilisation von Geisteskranken aus dem Kanton Waadt	120
---	-----

Anhang II

Sterilisationsgesetz von Kanada	121
---	-----

Literaturverzeichnis	123
--------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis	125
---------------------------------	-----

§ 1. Einleitung

Die Sorge um die Lebenstüchtigkeit und qualitative Beschaffenheit der noch ungeborenen nachkommenden Generationen hat die Menschheit und ihre repräsentativen Denker nicht erst in der Neuzeit bewegt, sondern die Wurzeln der Eugenik greifen weit zurück in der Geschichte. Es lässt sich nachweisen, dass schon im Altertum die prospektive Bevölkerungsfrage durchaus bekannt war. Dementsprechend lassen sich bereits bei den alten Völkern bisweilen Sitten und Gebräuche, ja selbst eigentliche Gesetze nachweisen, deren eugenische Motive offen auf der Hand liegen. *Allan Roper* vermutet sogar den ursprünglich eugenischen Zweck gewisser heute als unmenschlich betrachteter Rituale, denen im Verlaufe der anthropologischen und sozialen Entwicklung jeder unmittelbar eugenische Sinn abhanden gekommen sein soll. Der Kindermord, die Aussetzung, gewisse Formen des Menschenopferituals, die Vernachlässigung der Kranken und Greise und die strengen Sühneformen auf bestimmten Vergehen und Verbrechen, welche sich für uns Heutige bei oberflächlicher Betrachtung als zunächst unverständliche und willkürbedingte Grausamkeiten eines barbarisch vormenschlichen Zivilisationszustandes darbieten, alle diese „Unmenschlichkeiten“ hätten demnach eine den frühzeitlichen Lebensbedingungen der menschlichen Gesellschaft durchaus gemäße zweckrationale Entstehungsgeschichte und Erklärung. In jenen von der Befriedigung der strengsten Notdurft gezeichneten Entwicklungsstadien der Menschheit musste die ständige bedrängende Sorge um die unmittelbar erforderliche Nahrung und der unaufhörliche und erbarmungslose Kampf mit den vielgestaltigen Gefahren der Natur die Ausmerzungen der Schwachen, der Anormalen und Lebensuntüchtigen zu einer existentiellen Notwendigkeit machen. Damals wären die brüderliche Barmherzigkeit und die ritterliche Nachsicht mit dem erblich benachteiligten oder vom Schicksal geschlagenen Mitmenschen oder Nachkommen gleichbedeutend gewesen mit der Lebensgefährdung der Gesunden und Tüchtigen in der Gruppe; und die grundsätzliche Berücksichtigung des hohen Wertes der Nächstenliebe wäre unter Umständen in jener Epoche der Grund zum Untergange aller geworden.

In der Neuzeit setzt die wissenschaftliche Beschäftigung mit der eugenischen Frage verhältnismässig spät ein, und wie bei anderen grossen bahnbrechenden Taten steht auch hier eine überragende schöpferische Persönlichkeit mit beharrlichem Einsatz des eigenen Lebens am Beginne. Erst

seit *Francis Galton* darf von einer Eugenik im wissenschaftlichen Sinne gesprochen werden. Nachdem sich *Galton* zuerst hauptsächlich mit den Hereditätsverhältnissen bei der Genialität¹ abgegeben hatte, zog er aus seinen Erkenntnissen die praktischen Konsequenzen und widmete die ganze zweite Hälfte seines Lebens als unbeirrbarer Pionier diesem Problemkreis. Die heute gebräuchlich gewordene Bezeichnung „Eugenik“ ist ebenfalls *Galton* zuzurechnen².

Im Gegensatz zu den eugenischen Bestrebungen der vorgeschichtlichen Zeit und des Altertums richtete *Galton* sein Hauptaugenmerk nicht auf die sog. *negative Eugenik*, d. h. auf die Verhütung minderwertiger Nachkommenschaft und damit die qualitative Erhaltung des Bevölkerungsstandes, sondern sein wichtigstes Anliegen war ihm die Verbesserung der menschlichen Rasse durch entsprechend getroffene Partnerwahl bei der Zeugung, die sog. *positive Eugenik*.

Wie nicht anders zu erwarten ist, hat das eugenische Gedankengut nach mehreren Jahrzehnten seiner Verbreitung gewisse Ausstrahlungen auf die Gesellschaft und auf das Rechtsleben zu verzeichnen. Das Recht kann einem wichtige Fragen des gesellschaftlichen Seins und des persönlichen Daseins aufwerfenden Phänomen nicht völlig indifferent gegenüberstehen. Es hat vielmehr früher oder später auf solche Erscheinungen zu reagieren, indem es dazu grundsätzlich diese oder jene Stellung einnimmt und schliesslich eine allgemeine Normierung trifft. Es ist angesichts der Wichtigkeit der durch die Eugenik tangierten Werte verwunderlich, wie verhältnismässig selten bis in die Gegenwart auf die durch die Eugenik aufgeworfenen Fragen eingetreten wurde. Es darf dementsprechend erwartet werden, dass wissenschaftliche Untersuchungen in dieser Richtung nicht nur unerforschtes Neuland betreten werden, sondern auch der kommenden Rechtsentwicklung willkommene Vorarbeiten leisten können.

Wenn im folgenden das Problem der Sterilisation von Geisteskranken in seinen rechtlichen Aspekten behandelt werden soll, so versteht es sich von selbst, dass diese juristische Arbeit als in einen weiteren Rahmen gestellt betrachtet werden muss. Es wird nicht der Versuch unternommen, die Eugenik in allen ihren weitverästelten Zweigen umfassend darzustellen. Dies würde nicht nur die gestellte Aufgabe, sondern auch die gegebenen Möglichkeiten weit übersteigen, bedürfte dies doch wohl einer vieljährigen fruchtbaren und selbstlosen wissenschaftlichen Zusammenarbeit vieler hervorragender Gelehrter aus den verschiedensten Wissenschaften. Die nachfolgenden Darlegungen müssen sich damit bescheiden, eine *einzelne Massnahme der negativen Eugenik*, und zudem noch begrenzt auf die *hereditären Psychosen*, wie sie der Psychiatrie gegenwärtig in Symptomatik und Typologie bekannt sind, *im juristischen und rechts-*

¹ Hereditary Genius, 1869.

² Inquiries into human faculty, 1883.

politischen Gesichtswinkel zu untersuchen. Und selbst in dieser engeren Domäne liess sich eine weitere Einschränkung nicht umgehen. Gleichzeitig mit der Inangriffnahme dieser Arbeit wurde nämlich von *Martin Gschwind* an der Universität Basel eine juristische Arbeit unternommen, die insbesondere die strafrechtlichen Aspekte der Sterilisation untersucht³.

Mit der genannten Einschränkung behandelt der erste Abschnitt der vorliegenden Arbeit in einer panoramaartigen Übersicht die gesetzlichen Regelungen der eugenischen Sterilisation in den verschiedenen Ländern und insbesondere die Rechtslage in der Schweiz. Der zweite Abschnitt befasst sich mit den rechtspolitischen Fragen, welche diese Massnahme der negativen Eugenik aufwirft. Und der dritte Abschnitt ist den konkreten Fragen, welche sich — wiederum insbesondere in der Schweiz — dem Gesetzgeber stellen, gewidmet; die gesetzgeberischen Vorschläge beziehen sich lediglich auf den wünschenswerten Inhalt der Sterilisationsgesetzgebung bzw. auf die möglicherweise in Betracht zu ziehenden gesetzgeberischen Lösungen, nicht aber auf die im eigentlichen Sinne gesetzestechnischen Fragen. Der Übersichtlichkeit wegen ist am Schlusse die als wünschenswert empfohlene Normierung in einer systematischen Tabelle zusammengefasst dargestellt.

³ vgl. Literaturverzeichnis.

I. Abschnitt

GESETZLICHE GRUNDLAGEN DER STERILISATION VON GEISTESKRANKEN (de lege lata)

Die erbbiologischen Erkenntnisse haben schon im ausgehenden 19. Jahrhundert weitsichtige Männer der Wissenschaft und Praxis den Ruf nach einer gesetzlichen Regelung der Frage erheben lassen. Dabei gingen naturgemäss die Ansichten über das Ausmass einer rechtlichen Normierung weit auseinander.

Im Jahre 1893 verlangte in Texas ein Arzt namens F.E. Daniel die Sterilisation mit dem „besonderen Zweck ihrer Anwendung auf Rassenverbesserung und Gesellschaftsschutz“.¹ Aber auch in Europa erhoben sich Stimmen; so empfahl u. a. der neapolitanische Gynäkologe Zuccarelli seit 1899 die Kastration zur Verhütung der Fortpflanzung von Epileptikern, Gewohnheitsverbrechern und Tuberkulosen.²

In der richtigen Einsicht, dass die rechtlichen Institutionen, ihrer primär regulierenden Eigenart wegen, normalerweise dem *fait accompli* der stetig sich wandelnden Lebensverhältnisse zum Teil beträchlich nachzuhinken pflegen, schritten manche Wissenschaftler zur Tat und führten ohne gesetzliche Grundlage Sterilisationen aus zum Teil vorwiegend eugenischen Gründen durch. So wurde in Zürich in der kantonalen Irrenanstalt Burghözli 1892 auf Verlangen von August Forel die erste Unfruchtbarmachung zum Zwecke der Verhinderung der Vererbung einer Geisteskrankheit vorgenommen.²

Dafür aber, dass man sich in der medizinischen Fachwelt auf dem „rechtsfreien“ Boden schon früh unwohl fühlte, ist eine Resolution bezeichnend, die im Jahre 1905 auf der 36. Tagung des Schweizerischen Vereins für Psychiatrie gefasst wurde und nach der Feststellung, dass die Unfruchtbarmachung der Geisteskranken wünschenswert sei, die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung der Frage erhob.³

¹ Mayer, J., S. 178.

² Mayer, J., S. 190.

³ Bleuler, S. 180.

Inwiefern für die „eugenische Sterilisation“ schon eigentliche Gesetze oder rechtliche Erlasse geschaffen worden sind, soll Gegenstand der in den §§ 2—4 angestellten kompilatorischen Arbeit und interpretierenden Untersuchung sein.

§ 2. Übersicht über die ausländische Gesetzgebung

I. Vereinigte Staaten von Nordamerika

Allen Ländern voran gingen die Vereinigten Staaten. Es bestehen dort in 30 Staaten Sterilisationsgesetze, die sowohl in Bezug auf ihren Umfang und ihre grundsätzliche Einstellung verschieden sind als auch in Bezug auf ihre praktische Bedeutung auseinandergehen. Während in den Staaten Alabama, New York und Washington die Gesetze derzeit von Rechts wegen unwirksam sind, wurde in den Staaten Arizona, Kansas, Mississippi, Vermont und West Virginia für die Jahre 1951 und 1952 keine Anwendung registriert. Grosse Anwendungsziffern weisen lediglich California (bis 1. 1. 1953: 19 887 Fälle) und Virginia (6 145 Fälle) auf. In jüngerer Zeit ist die Sterilisationsziffer allerdings auch in Georgia (1952: 279 Fälle) und North Carolina (1952: 326 Fälle) merklich angestiegen, ohne dass in diesen Staaten die Totalzahl auch nur annähernd diejenige von Virginia oder gar California erreicht hätte. Im allgemeinen darf gesagt werden, dass in Bezug auf die Häufigkeit der Anwendung dieser eugenischen Massnahme von Jahr zu Jahr eine Zunahme festzustellen ist. Gegenwärtig werden jährlich ungefähr 1 300 Fälle registriert. Als Totalzahl der bisher vorgenommenen Operationen gibt die neueste statistische Zusammenstellung für das Gebiet der Vereinigten Staaten 54 995 Fälle an.¹

Die amerikanischen Gesetze enthalten Bestimmungen über:

1. die Bezeichnung der zu sterilisierenden Personen (Voraussetzungen; z. B. Anstaltsaufenthalt);
2. den Gesichtspunkt der Selektion² (Umschreibung der Diagnose);
3. Verfahren und Instanzenzug (Antrag und Entscheid);
4. Kautelen.³

¹ Angaben aus „Sterilizations reported in the United States to January 1, 1953“, Human Betterment Association of America, March 1953 (auch Digest, publ. 1952). Sutter, S. 123, spricht allerdings von 33 Staaten, ohne eine Aufzählung im einzelnen zu geben; immerhin nennt er auch die Außenbesitzung Puerto Rico.

² Tabelle bei Hughes, S. 4/5; ferner summarisch Publikation der Human Betterment Association 1953.

³ fehlen bei einigen Staaten.

Pennsylvania hat schon im Jahre 1905 ein Gesetz ausgearbeitet, das aber durch das Veto des Gouverneurs noch vor seinem Inkrafttreten wieder zu Fall gebracht wurde. Etwas mehr Glück hatte der Staat Indiana mit einem im Jahre 1907 entstandenen ähnlichen Gesetz, das bis 1921 in Kraft blieb, dann aber bei einer anlässlich eines Appellationsfalles unternommenen Prüfung auf seine Verfassungsmässigkeit als verfassungswidrig erklärt wurde.⁴ Ebenso erging es einer Reihe weiterer Sterilisationsgesetze in andern Staaten,⁵ die an der Klippe der Prüfung auf Verfassungsmässigkeit scheiterten, sei es wegen

- Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit;
- mangelnder Rechtsgarantien;
- Ausnahmecharakter des Gesetzes;
- Ungewöhnlichkeit der Massnahme, oder
- Grausamkeit.⁶

Nur die Gesetze von California, Connecticut, Idaho, Kansas, Michigan, Utah, Washington und Virginia⁷ haben diese Prüfung erfolgreich bestanden; auch heute noch werden in einer ganzen Anzahl von Staaten Sterilisationsgesetze angewendet, die noch nie Anlass zu einer Prüfung auf ihre Verfassungsmässigkeit⁸ gegeben haben und deshalb in einem eigenartigen Schwebezustand existieren, der in den Vereinigten Staaten auch sonst manchmal — wegen der nur repressiven und unselbstständigen Verfassungsgerichtsbarkeit — die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen vermag.

Einer näheren Betrachtung ist das Gesetz von *Virginia* vom Jahre 1907 zu unterziehen, da dieses durch einen besonderen Umstand *mehr als einzelstaatliche Bedeutung* gewonnen hat;⁹

es lautet folgendermassen:

„Da bei der Fortpflanzung die Vererbung des Verbrechens, des Blödsinns und der Geistesschwäche eine höchst wichtige Rolle spielt, wird vom Kongress des Staates Virginia beschlossen, dass mit und nach Annahme dieses Gesetzes es für eine jede in diesem Staate bestehende Anstalt, die mit der Obhut über unverbesserliche Verbrecher, Blödsinnige, Notzüchter und Schwachsinnige betraut ist, zwingende Vorschrift sein soll, in ihre Beamtenschaft nebst dem regulären Anstaltsarzt zwei erfahrene Chirurgen von anerkannter Tüchtigkeit aufzu-

⁴ vgl. Kellerhals, Ztschr. f. Schweiz. Strafrecht 38—202.

⁵ Iowa und New Jersey 1913, Michigan, Nevada und New York 1918, Oregon 1921, North Carolina 1933. Tabelle in „Verhütung erbkranken Nachwuchses“ S. 274 ff.

⁶ Landman, J. H.

⁷ weiter unten.

⁸ „Verhütung erbkranken Nachwuchses“ S. 271 und Tabelle S. 274.

⁹ weiter unten.

nehmen, deren Pflicht es sein soll, im Verein mit dem Anstalts-Chefarzt den geistigen und körperlichen Zustand derjenigen Insassen zu prüfen, die von dem Anstaltsarzte und dem Verwaltungsrat hierzu bezeichnet werden. Wenn es nach dem Urteile dieses Sachverständigenkollegiums und des Verwaltungsrates nicht ratsam ist, eine Zeugung zuzulassen, und keine Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich der geistige Zustand des betreffenden Insassen bessern wird, dann sollen die Chirurgen berechtigt sein, eine solche Operation zur Verhütung der Zeugung vorzunehmen, die nach ihrer Entscheidung am sichersten und wirksamsten ist. Aber diese Operation soll lediglich in den Fällen vorgenommen werden, die als nicht besserungsfähig erklärt worden sind“.¹⁰

Das Gesetz kann somit zwangsweise angewendet werden auf erbliche Fälle von Geisteskrankheit, Geistesschwäche und Epilepsie bei Anstaltsinsassen, indem nach genau bezeichneten Verfahren der Oberleiter unter Beaufsichtigung und nach Ermächtigung eines besonderen Direktorenausschusses den Eingriff vornehmen darf. Dabei ist allen Beteiligten und rechtlich Interessierten (Angehörige) das vorgängige Rechtsmittelverfahren und die Berufung an den Obersten Appellationsgerichtshof (Court of Appeal) zugesichert.

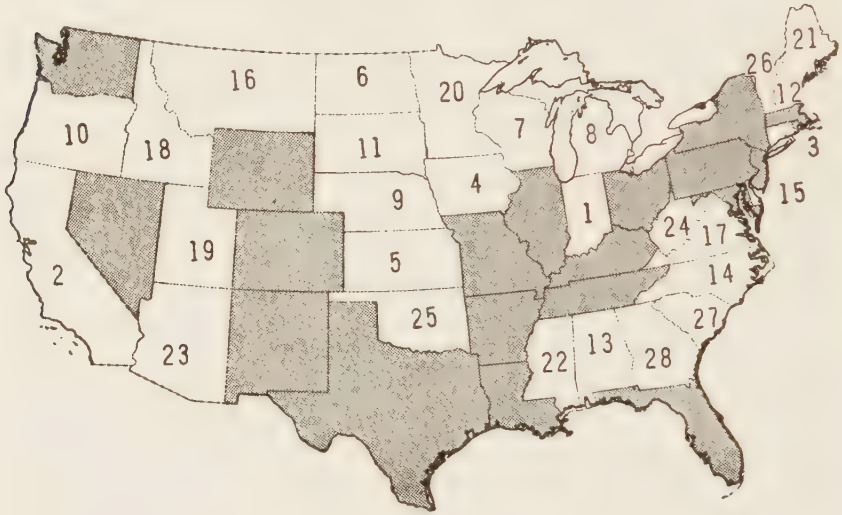
Die Frage der *Verfassungsmässigkeit* dieses Gesetzes, die bis vor den bundesstaatlichen Supreme Court kam, wurde damals *grundsätzlich bejaht*.¹¹ Im anglo-amerikanischen Rechtskreis bildet bei einer sich fast regelmässig nur auf den konkreten Einzelfall beziehenden Judikatur eine prinzipielle Äusserung eines Gerichtshofes eine seltene und aufsehenerregende Ausnahme.¹² Der Höchste Gerichtshof der Vereinigten Staaten hat in dieser Frage eine solche Ausnahme gemacht: „Wir haben mehr als einmal gesehen, dass das öffentliche Wohl von den besten Bürgern die Hingabe ihres Lebens fordert. Es wäre merkwürdig, wenn es nicht von denen, die ohnehin schon die Kraft des Staates untergraben, dieses geringere Opfer fordern könnte, das von den Betroffenen oft nicht einmal als solches empfunden wird, um der Überflutung durch die Untüchtigkeit Einhalt zu gebieten. Es ist besser, wenn die Gesellschaft, statt abzuwarten, bis sie die degenerierte Nachkommenschaft für Verbrechen hinzurichten hat, oder anstatt sie wegen ihres Schwachsinnns hungern zu lassen, verhüten kann, dass offensichtlich Minderwertige ihr Erbgut

¹⁰ bei Spinner, J. R., S. 329 (Chapter 251, 9. März 1907).

¹¹ „... the United States Supreme Court held unequivocally that the Virginia Law, authorizing the sterilization of mental defectives and others, under careful safeguards, is not void under the Fourteenth Amendment to the Federal Constitution, since it does not deny due process of law ... and since it does not deny equal protection of the law ...“ Landman, a.a.O.

¹² vgl. Schnitzler, S. 187 oben.

weitergeben . . .¹³ *Zurukzoglu*¹⁴ schreibt dazu: „Diese Entscheidung bildet einen Wendepunkt in der Entwicklung der nordamerikanischen Sterilisationsbewegung und bringt die Periode der Versuche, die mit dem Gesetz von Indiana im Jahre 1907 eingeleitet wurde, zum Abschlusse. Konnte bis dahin von den Sterilisierungsgesetzen behauptet werden, sie seien nicht Ausdruck des Volkswillens, sondern die persönlichen Erfolge bahnbrechender Ärzte (. . .), so ist die erwähnte Entscheidung geeignet, hierin einen Wandel zu schaffen und für den Gedanken der eugenischen Unfruchtbarmachung im Volke zu werben.“



Amerikanische Staaten mit Sterilisationsgesetzgebung
(Stand von 1952; Datum betr. Gesetzespromulgation)

- | | | | |
|----------------------|-------------------------|--------------------|-------------------------|
| 1) 1907 Indiana | 8) 1913 Michigan | 15) 1923 Delaware | 22) 1928 Mississippi |
| 2) 1909 California | 9) 1915 Nebraska | 16) 1923 Montana | 23) 1929 Arizona |
| 3) 1909 Connecticut | 10) 1917 Oregon | 17) 1924 Virginia | 24) 1929 West Virginia |
| 4) 1911 Iowa | 11) 1917 South Dakota | 18) 1925 Idaho | 25) 1931 Oklahoma |
| 5) 1913 Kansas | 12) 1917 New Hampshire | 19) 1925 Utah | 26) 1931 Vermont |
| 6) 1913 North Dakota | 13) 1919 Alabama | 20) 1925 Minnesota | 27) 1935 South Carolina |
| 7) 1913 Wisconsin | 14) 1919 North Carolina | 21) 1925 Maine | 28) 1937 Georgia |

Die seither erlassenen amerikanischen Gesetze haben das virginische Gesetz zum Vorbild, und der Entscheid des Supreme Court wirkte mehrfach als Präjudiz für später unternommene Prüfungen auf Verfassungsmässigkeit, insbesondere in Kansas und Idaho.¹⁵

¹³ Hughes, S. 32, übers. v. Verf.

¹⁴ S. 272.

¹⁵ Landman, a.a.O.: „... the Kansas and Idaho Supreme Courts upheld their state laws by virtue of it.“

Eine Gliederung der amerikanischen Gesetze nach ihrer Haltung in den grundsätzlichen gesetzgeberischen Fragen ergibt derzeit folgendes Bild:

Zwangsgesetze, d. h. Gesetze ohne Zustimmungserfordernis des Sterilisanden, bestehen in: Alabama, Arizona, Connecticut, Delaware, Georgia, Indiana, Kansas, Michigan, Mississippi, Nebraska, New Hampshire, Nord Dakota, Oklahoma, South Carolina, Utah, Virginia, West Virginia, Wisconsin. Immerhin sind Zustimmungssurrogate nach den Zwangsgesetzen von Idaho, Iowa, Montana und Oregon erforderlich.

Unter den amerikanischen Zwangsgesetzen befinden sich zwei verschiedene Typen. Die Gesetze von Alabama, Connecticut, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Montana, Nebraska, North Carolina, North Dakota, Oregon und South Dakota sind *obligatorisch* auf jeden gesetzlich vorgesehenen Fall anwendbar. Demgegenüber sind die Zwangsgesetze von Arizona, California, Delaware, Indiana, Mississippi, New Hampshire, Oklahoma, South Carolina, Utah, Virginia, West Virginia, Wisconsin nur *fakultativ* anwendbar, d. h. die zum Vorgehen kompetente Behörde ist befugt, darüber zu entscheiden, ob zur Zwangssterilisation geschritten werden soll oder nicht.

Interessant ist nun, dass nicht etwa, wie dies im Grunde genommen zu erwarten wäre, in jenen Staaten die Sterilisationszahlen am höchsten sind, in denen die Zwangssterilisation obligatorisch vorgesehen ist, sondern dass die beiden Staaten, welche in Bezug auf die Häufigkeit der Anwendung der Massnahme an der Spitze stehen, zur Gruppe der Staaten mit fakultativem Zwang gehören.

Sterilisationsgesetze, die *gleichzeitig* eine *Regelung der freiwilligen und der Zwangs-Sterilisation* vorsehen, sind in Maine, South Dakota und North Carolina in Kraft.

Die Gesetze von Minnesota und Vermont regeln ausschliesslich die *freiwillige Sterilisation*. In Bezug auf die praktische Bedeutung dieser beiden Gesetze ist zu sagen, dass trotz der Annahme des Freiwilligkeitsprinzips in Minnesota bisher eine beträchtliche Zahl von Operationen vorgenommen worden sind (bis 1. 1. 53: 2 262 Fälle), während die Anwendung in Vermont eher bedeutungslos blieb (252 Fälle). Aus dieser Gegenüberstellung lässt sich, ohne dass hier die Gründe für diese auffallende Diskrepanz näher zu untersuchen wären, schliessen, dass das Freiwilligkeitsprinzip die Sterilisationsgesetzgebung in ihrer praktischen Bedeutung nicht notwendigerweise zur Wirkungslosigkeit verurteilt.

Eine bemerkenswerte Eigenheit der amerikanischen Sterilisationsgesetzgebung besteht darin, dass in zwei Dritteln aller in Betracht fal-

lenden Staaten nur die Sterilisation von Anstaltsversorgten normiert ist. Eine sich auch über nicht versorgte Personen erstreckende Gesetzgebung kennen lediglich neun Staaten.¹⁶

II. Japan

Seit dem Herbst 1948 besteht in diesem Lande ein Gesetz über den „eugenischen Schutz“.¹⁷ Das Gesetz sanktioniert und regelt die *freiwillige Sterilisation* und die Abtreibung aus eugenischen Gründen, um — wie der erste Artikel ausdrücklich besagt — eine Vermehrung der minderwertigen Individuen zu verhindern und das Leben und die Gesundheit der Mutter zu schützen.

Die Entstehung des Gesetzes ist möglicherweise der Beeinflussung durch den Sieger im zweiten Weltkriege und langjährigen Okkupanten des Landes zuzurechnen. Als typisch amerikanisch ist jedenfalls das eingehend geregelte Verfahren zu bezeichnen. Nichtsdestoweniger weist die japanische Gesetzgebung einige bemerkenswerte, eigene Charakteristika auf.

Vom rechtsvergleichenden Standpunkte aus ist interessant, dass dieses modernste unter den Sterilisationsgesetzen, sich die neuesten psychiatrischen Erkenntnissen zunutze machend, in der kasuistischen Aufzählung der sterilisationswürdigen Krankheitszustände alle Versuche in den amerikanischen Gesetzen oder im deutschen Erbpfleugesetz weit übertrifft: Insgesamt werden *55 besondere Krankheiten* erwähnt, die in folgende 6 Kategorien eingeteilt sind:

- erbliche Geisteskrankheiten;
- erbliche Geistesschwäche (Oligophrenien);
- starke und bösartige, erbliche Psychopathien;
- anormale, erbliche Konstitutionsmerkmale;
- starke und bösartige, körperliche Krankheiten;
- starke, erbliche Missbildungen.

Besondere Beachtung verdient auch der Umstand, dass hier auch die „Erbträger“, d. h. jene Personen, die rezessive bzw. nicht manifest gewordene Krankheitsanlagen dieser Art in sich tragen, ausdrücklich erwähnt worden sind. Die Sterilisation ist nämlich nach dem Wortlaut des japanischen Gesetzes auch erlaubt, „wenn die Person oder deren

¹⁶ vgl. Digest of U.S. State Sterilization laws 1952.

¹⁷ Eugenics News, 1948, 33, S. 21/23; Sutter, S. 130/132.

Ehegatte innerhalb der ersten vier Grade einen Blutsverwandten hat, der an einer erblichen Geisteskrankheit leidet“, von einer der weiter oben angeführten Krankheiten befallen ist.

Die *stellvertretende Sterilisation*, d. h. die Sterilisation des gesunden Ehepartners an Stelle des kranken Teils, erscheint erstaunlicherweise nach dem Wortlaut des japanischen Gesetzes (Art. 2 lit. b) als geboten und erlaubt. Dies ist umso eigenartiger, als sonst angesichts der abschliessenden Regelung der erlaubten Fälle in Japan ein Erbgesunder keine Bewilligung zur Unfruchtbarmachung erhalten dürfte. Das Gesetz erlaubt bloss die Sterilisation zu eugenischen Zwecken. Es bliebe einer besonderen soziologischen und kulturanthropologischen Untersuchung vorbehalten, in diesem Lande festzustellen, ob die Praxis der stellvertretenden Sterilisation nicht das eugenische Ziel in vielen Fällen verfehlt. Auf diese Problematik wird noch des Näheren einzutreten sein.

In Bezug auf das *Zustimmungserfordernis des Ehegatten* zur Vornahme der Operation kann per argumentum e contrario aus Art. 2 lit. f des Gesetzes geschlossen werden, dass dieses Requisit grundsätzlich gilt: Nur im Falle, dass der Ehegatte nicht fähig ist, die Zustimmung zu erteilen, genügt die Willensäusserung des (verheirateten) Kranken.

III. Andere überseeische Gebiete

In Übersee haben ferner die Provinz Alberta (1928) und British-Kolumbien (1933)¹⁸ in Canada eine gesetzgeberische Tätigkeit auf diesem Gebiet entfaltet; daran reihen sich das australische Tasmanien und ein Gebiet in Mexico an.

Die Republik Panama kennt seit den 40er Jahren eine Sterilisationsgesetzgebung, welcher jedoch der eugenische Charakter abzusprechen ist, weil sie ausdrücklich lediglich die ökonomische Notlage der Mutter bei vorhandenem Kinderreichtum als rechtfertigend aufführt (sog. soziale Indikation).

IV. Grossbritannien

Der Umstand, dass in England kein Sterilisationsgesetz besteht, lässt in Anbetracht der andersartigen Rechtsauffassungen nicht von vornherein darauf schliessen, dass die Sterilisation rechtlich unerlaubt

¹⁸ vgl. Anhang II hinten.

oder auch nur ungeregt wäre. Die persönliche Ansicht eines Richters der King's Bench Division verneint die Gesetzmässigkeit der eugenischen Sterilisation in England: „Die Zustimmung beider Eltern und die einwandfreie Begründung vorausgesetzt, bleibt immerhin die Tatsache, dass die Sterilisationsoperation einen Angriff auf die Person und ihre Verletzung bedeutet“, ein Umstand, der sowohl zivil- als auch strafrechtlich alle Konsequenzen nach sich ziehen kann.¹⁹ Mommsen berichtet, dass 1930 dem House of Commons ein Gesetzesentwurf betr. Sterilisation geistig Minderwertiger vorgelegt worden war, der in der Abstimmung aber der vorherrschenden Meinung, die Natur bewirke allein eine ausreichende Auslese²⁰, zum Opfer fiel²¹. Im Jahre 1934 hat sodann das Gesundheitsministerium einen allgemeine Richtlinien enthaltenden „Report of the Departmental Committee on Sterilisation“ ausarbeiten lassen, der diese Massnahme zu eugenischen Zwecken auf freiwilliger Basis und unter Beobachtung der auch in anderen Ländern üblichen Kautelen zur Respektierung des Grundsatzes der individuellen Freiheit, wie doppeltes, voneinander unabhängiges Arztgutachten, Beaufsichtigung usw., für zulässig hält. Seither sind allerdings keine weiteren Schritte unternommen worden.²²

V. Skandinavien

Schweden²³ und Norwegen²⁴ haben im Jahre 1934 legiferiert. Im Zuge der deutschen Besetzung wurde 1942 unter dem fremdhörigen Regime Quisling in Norwegen ein dem deutschen Erbpfleugesetz nachgebildetes Sterilisationsgesetz erlassen, welches nach der Befreiung aber wieder dahinfiel. Dänemark kam im Jahre 1929, bzw. 1935 zu einem Sterilisationsgesetz.²⁵ Finnland legiferierte 1935.²⁶

¹⁹ Sir Travers Humphreys im „British Medical Journal“, June 1925 Suppl. S. 286, übersetzt v. Verf.

²⁰ Darwinismus.

²¹ S. 49. Die Abstimmung über dieses Gesetz (am 21. 7. 1931) ergab ein verwerfendes Mehr von 167 gegen 89 Stimmen. Blacker, S. 14.

²² mitgeteilt v. Ministry of Health, 30. 6. 1949.

²³ darüber ausführlich von Hofstein auf S. 39/41 des Berichts der XXII. Versammlung der internat. Federation eugenischer Organisationen 1936.

²⁴ Hansen, ebenda (Anm. 22).

²⁵ Mommsen, S. 42; Wad, S. 32 des zit. Versammlungsberichtes. Vgl. Sutter, S. 127.

²⁶ Reichs-Gesundheitsblatt Nr. 35, 1935.

Den skandinavischen Gesetzen gemeinsam ist:

- das Ausserungsrecht bzw. das Erfordernis der Zustimmung (Schweden § 2) des anderen Ehegatten;
- die ausdrückliche Erwähnung der ärztlichen Schweigepflicht für alle an der Begutachtung und Operation beteiligten Personen;
- bei der Zwangssterilisation (wenn überhaupt die Voraussetzungen für dieselbe gegeben sind) die gewährleistete Berufungsmöglichkeit.

Das norwegische Storting hat in den Gesetzesberatungen den Zwangscharakter des Gesetzes abgelehnt, so dass heute die Unfruchtbarmachung „zwangsweise“ nur möglich ist auf ein Gesuch des Vormundes oder Beirats bei Geisteskranken mit besonders mangelhafter, geistiger Entwicklung, wenn keine Hoffnung auf Besserung besteht, wenn sie nicht imstande sind, für die Nachkommen zu sorgen, und die Übertragung der Krankheit auf die Nachkommen sicher wäre (Norwegen § 4). Das Gesuch kann auch vom „Distriktpolizeimeister“ eingereicht werden, und schliesslich hat die Person selbst ein Antragsrecht.²⁷ (§ 3).

Das schwedische Gesetz von 1934, abgeändert seit 1941, sieht die Sterilisation einer geisteskranken Person²⁸ vor, „ohne ihre Zustimmung . . ., sofern sie . . . nicht fähig ist, ihre gültige Zustimmung zu der Massnahme zu erteilen“. (Schweden § 1.) Es enumeriert die eugenische, soziale und medizinische Indikation.

Das finnische Gesetz kennt ausser der eugenischen Indikation die Sterilisation als Massnahme der strafrechtlichen Spezialprävention; sie kann dann zwangsweise durchgeführt werden (§ 1).²⁹ Die Person selbst hat ein Antragsrecht (§ 2). Die stellvertretende Sterilisation ist ausdrücklich, wie in Japan, erlaubt.

Nach dem dänischen Gesetz können nur die „unter öffentlicher Fürsorge stehenden Personen“ zwangsweise erfasst werden, und dies nur bei Zustimmung des Vormundes.³⁰

VI. Deutschland

Ganz besonders eingehend hat sich die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Deutschen Reiches mit der Frage der eugenischen Sterilisation befasst, nachdem bereits unter der Weimarer Verfassung einige

²⁷ Reichs-Gesundheitsblatt Nr. 8, 1936.

²⁸ Reichs-Gesundheitsblatt Nr. 34, 1934.

²⁹ „... begründete Befürchtung dafür besteht, dass er für andere Personen gefährlich ist.“ Vgl. Kastrationsgesetz vom 17. 2. 1950.

³⁰ Ruttke, Vortrag am intern. Kongress für Bevölkerungswissenschaft, Berlin 1935, S. 4.

Vorstösse in dieser Richtung unternommen worden waren. *J. Mayer* schreibt,³¹ dass bereits 1925 von einem Bezirksarzt in Zwickau dem Reichstag ein diesbezüglicher Vorschlag in ausgearbeiteter Fassung eingereicht worden sei.

Es liegt auf der Hand, dass bei der nationalsozialistischen Gesetzgebung nicht der Gesichtspunkt der Verhütung erbkranken Nachwuchses in Hinsicht auf die belasteten Individuen und Familien im Vordergrund stehen konnte, sondern dass entsprechend der „völkischen Rechtsauffassung“ der staatstragenden und -bestimmenden Partei ein radikaler Zweck in den Mittelpunkt rücken musste. Der Nationalsozialismus setzte sich nichts weniger, denn die Rassenveredlung des deutschen Volkes durch die Eugenik zum Ziele. Und da die „völkische Weltanschauung“ des nationalsozialistischen Deutschland den Menschen nicht als ein anonymes Individuum, sondern in erster Linie und für die Gesetzgebung allein massgeblich als Glied der völkischen Gemeinschaft betrachtete³², konnte auch die Regelung der eugenischen Sterilisation nicht von jener Vorsicht und Zurückhaltung beherrscht sein, die in den anderen europäischen Ländern vor einem missbräuchlichen Eingriff in den Bereich der individuellen Lebensgestaltung durch den Staat schützt. Vielmehr hatte der Gesichtspunkt der Sorge für die Erbgesundheit des Volkes zu überwiegen³³, wofür in der deutschen Literatur der Ausdruck „Erbpflege“ steht. Ausser der Regelung der Massnahmen zur Wahrung der Ehegesundheit, wie das absolute Eheverbot aus eugenischen Gründen und der Ehetauglichkeitsausweis, der u. a. auch zu bescheinigen hatte, dass kein Ehehindernis des „artfremden Bluteinschlags“ vorlag.³⁴ In dieser Beziehung bewirkte die nationalsozialistische Doktrin eine schlimme Begriffsverwirrung, indem sie die Erbpathologie mit der Rassenfrage auf unglückselige Weise verquickte.³⁵ *Stuckart-Schiedermair* beispielsweise behauptet: „Erbgesundheit und Rassenreinheit lassen sich nicht voneinander trennen. Beide bedingen einander wie Körper und Seele eines Menschen. Während die rassenpolitischen Massnahmen die Geschlossenheit und Wesensechtheit der deutschen Persönlichkeit und dadurch die Harmonie des Volkskörpers gewährleisten sollen, sollen die erbpflegerischen Massnahmen die körperliche, geistige und seelische Gesundheit und Gesundheit der kom-

³¹ S. 201.

³² Du Pasquier, S. 296.

³³ Stuckart-Schiedermair, S. 77.

³⁴ Stuckart-Schiedermair, S. 101.

³⁵ Stuckart-Schiedermair, S. 73.

Hitler, *Mein Kampf*, S. 444 und 446.

menden und lebenden Geschlechter verbürgen. In ihrem Zusammenwirken sichern sie den biologischen Bestand des Volkes“.³⁶ Nach dem Stand der objektiven Forschung verhält es sich indessen damit so, dass sichere und psychiatrisch klare Beziehungen zwischen Psychopathologie und Rassen noch völlig im Unbekannten liegen³⁷ und sich somit die Auffassung des Nationalsozialismus als eine wissenschaftliche Spekulation gefährlichster Art erweist.

Das Reichsgesetz vom 14. 7. 1933³⁸ brachte, in konsequenter Ausführung der von *Hitler* aufgestellten und propagierten Forderungen³⁹, die Absonderung und Unfruchtbarmachung der erblich Minderwertigen. Die amtlichen Erläuterungen zu § 1 des Gesetzes geben unumwunden zu, dass es sich um ein Experiment im Recht handelte, das nur ein Beginn sein sollte für das kommende Geschlecht, und das eine „Ausdehnung der Normen auf andere Krankheiten beim Fortschreiten der wissenschaftlichen Erkenntnisse“⁴⁰ erwarten liess. Sinngemäß wurde sodann in einem Zusatzgesetz vom 26. 6. 1935 auch die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indiktion bei bereits auf Grund gerichtlichen Urteils bestimmten Sterilisandinnen eingeführt (§ 10a des Gesetzes). Das Gesetz von 1933 sah die *systematische Erfassung* aller mit einem Erbschaden behafteten Personen und deren *Zwangsterilisation* vor.⁴¹ Es äusserte sich dies einmal in einer allgemeinen Anzeigepflicht, welche allen jenen Personen auferlegt wurde, die sich mit der Behandlung von Erbkranken, beruflich oder anderswie, zu befassen hatten. Der benachrichtigte Amtsarzt hatte seinerseits eine Antragspflicht⁴², und das eigens für die Entscheide in dieser neuartigen Rechtsmaterie bestellte „Erbgesundheitsgericht“ fällte, unter Einräumung einer Beschwerdemöglichkeit an das „Erbgesundheitsobergericht“ (§ 9 des Gesetzes), das Urteil. Materiell sah das Gesetz (§ 1 des Gesetzes) als Voraussetzung für seine Anwendung vor:

Das ärztlich diagnostizierte Vorhandensein von:

- angeborenem Schwachsinn (Oligophrenie);
- Schizophrenie;
- manisch-depressivem Irresein;
- erblicher Fallsucht (= Epilepsie);

³⁶ Stuckart-Schiedermaier, S. 73.

³⁷ Bleuler, S. 146.

³⁸ Abänderungen bzw. Zusätze vom 26. 6. 35 und 4. 2. 36. Die Gesetze kamen auch im Protektorat Böhmen-Mähren zur Anwendung (vgl. Stuckart, Verwaltungsrecht, Leipzig 1943, S. 93); ebenso nach 1938 in Österreich.

³⁹ Mein Kampf, S. 279.

⁴⁰ Mommsen, S. 17.

⁴¹ Rutke, zit. Vortrag, S. 17, Z. 2.

⁴² Stuckart-Schiedermaier, S. 76.

- erblichem Veitstanz (= Huntingtonsche Chorea);
- erblicher Blindheit;
- erblicher Taubheit oder
- schweren erblichen körperlichen Missbildungen.
- Ausserdem bot schwerer Alkoholismus eine gesetzliche Handhabe, worunter schwerer, triebhafter Missbrauch von Alkohol zu verstehen war.⁴³

Der gesetzliche Katalog ist mit der kasuistischen Aufzählung jener Geisteskrankheiten, bei denen auf Grund des damaligen Standes der Forschung die Prognose der Vererblichkeit mit annähernd zweifelsfreier Sicherheit gestellt werden konnte, erschöpfend. Was das Manifestwerden der Krankheiten anbetrifft, so genügte bereits ein *vorübergehendes Symptom*, wenn dasselbe auf eine verborgene krankhafte Erbanlage schliessen liess. So hätten also auch Heterozygote mit rezessiven Krankheitsanlagen erfasst werden sollen. Die Sterilisation durfte nicht an Jugendlichen unter zehn Jahren und unter Anwendung unmittelbaren Zwanges nicht vor dem 14. Altersjahr durchgeführt werden. Erwähnenswert ist endlich noch der Umstand, dass das Gesetz nicht nur auf deutsche Reichsangehörige anwendbar war, sondern auch auf im Deutschen Reich domizilierte Ausländer, was eine ganze Reihe von Problemen des internationalen Rechts heraufbeschwor.⁴⁴

Im nationalsozialistischen Deutschland sind von 1933—1945 schätzungsweise 200 000 Erbkrankte sterilisiert worden⁴⁵. Dies ist, wenn man sie der amerikanischen Praxis (im Durchschnitt ca. 1250 Fälle jährlich) gegenüberstellt, in zwölf Jahren eine ungeheure Zahl (durchschnittlich ca. 17 000 Fälle pro Jahr).

Diese Verteilung über die zwölf Jahre des nationalsozialistischen Regime ist allerdings sehr theoretisch. Es ist nämlich bekannt, dass im ersten Jahr nach dem Inkrafttreten des Erbpfleugesetzes — nach den damaligen Angaben des Reichsjustizministeriums — insgesamt nicht weniger als 84 565 Sterilisationsanträge gestellt worden sind, von denen zu Ende des Jahres 1934 bereits 56 244 Fälle zu Sterilisationsanordnungen geführt hatten. Der Prozentsatz der durch die Erbgesundheitsgerichte abgelehnten Fälle betrug ca. 60%, während in 150% aller Fälle Beschwerde geführt wurde. Die Verteilung der Sterilisationen auf die einzelnen ge-

⁴³ Stuckart-Schiedermaier, S. 78.

⁴⁴ Stuckart-Schiedermaier, S. 79 unten; Mommsen, S. 55/56.

⁴⁵ Darüber äussert sich Sutter, indem er sich mit Vorsicht auf die wenigen bekannt gewordenen Zahlen stützt, ausführlich, S. 139/142. Alle Dokumente in Bezug auf die Anwendung des deutschen Erbpfleugesetzes scheinen vor dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes vernichtet worden zu sein.

setzlichen Gründe kann annäherungsweise aus einer Stichprobenerhebung anlässlich des deutschen Chirurgenkongresses von 1935 ersehen werden:

— Chorea	0,18%	}	3,15%
— verschiedene seltene Erbkrankheiten	0,18%		
— körperliche Missbildungen	0,19%		
— erbliche Blindheit	1,2 %		
— erbliche Taubheit	1,4 %		
— manisch-depressives Irresein			1,6%
— Alkoholismus			1,6%
— nicht bekannte Diagnosen (!)			8,5%
— Epilepsie			13,4%
— Schizophrenie			25,4%
— Schwachsinn			42,9%

Zu den unter „verschiedene seltene Erbkrankheiten“ rubrizierten Fällen gehören u. a. auch Mongolismus und Albinismus.

Es besteht der dringende Verdacht, dass missbräuchliche Operationen, insbesondere im Zusammenhang mit der „Rassenpolitik“, vorgekommen sind.

VII. Estland

In diesem baltischen Staat bestand von 1937 bis mindestens zur Annexion durch die Sowjet-Union eine Sterilisationsgesetzgebung⁴⁶, die auf „erbliche Geisteskranke, Schwachsinnige, in schwerer Form Fallsüchtige und solche Personen, welche mit unheilbaren, schweren erblichen körperlichen Schäden behaftet sind“, Anwendung fand. Das Gesetz regelte gleichzeitig auch die eugenisch indizierte Abtreibung.

Die Sterilisationsanträge konnten vom Sterilisanden selbst oder von seinem Vormund, durch amtliche Ärzte und die Vorsteher der Heil- und Pflegeanstalten gestellt werden. Über die Anträge wurde von zwei besonderen „Bezirkskommissionen“ entschieden, die je der Gesundheitsabteilung der Stadtverwaltung von Tallinn und Tartu angegliedert waren. Alle im Verfahren als Ärzte einvernommenen Zeugen waren von ihrem *Berufsgeheimnis* in Bezug auf die Sterilisanden ex lege befreit.

⁴⁶ Über das weitere Schicksal dieses Gesetzes ist von den Behörden und der Vertretung der Sowjet-Union derzeit kein Aufschluss erhältlich.

Über die praktischen Konsequenzen dieses besonderen staatlichen Einbruchs in das ärztliche Berufsgeheimnis ist leider nichts bekannt geworden. Andererseits war allerdings vorsorglicherweise vorgesehen, dass das die Frage der Sterilisation betreffende Material und das ganze Verfahren geheim zu halten sei.

Das estnische Gesetz war ein ausgesprochenes *Zwangsgesetz* und kommt in manchen Aspekten dem deutschen Erbpfleugesetz nahe. So bestimmte beispielsweise § 10 des estnischen Gesetzes ausdrücklich unter anderem: „Wenn die Person auf entsprechende Vorladung nicht freiwillig vor der Bezirkskommission oder in der bezeichneten Heilanstalt erscheint, wird sie zwangsweise mit Hilfe der Polizei dorthin verbracht.“ Immerhin blieb in Estland dem Sterilisanden und dem Ehegatten, sowie allenfalls dem Vormund, die Berufung innerhalb eines Monats nach eröffnetem Entscheid an das *ordentliche* Staatsgericht gewahrt. Eine besonders interessante gesetzliche Vorsichtsmassnahme bildete die Bestimmung, dass die Unfruchtbarmachung durch Ärzte vorzunehmen war, welche weder bei der betreffenden Person den Antrag gestellt, noch in irgend einer Rolle am Verfahren vor der Bezirkskommission teilgenommen hatten.

VIII. *Summarischer Vergleich der deutschen mit der amerikanischen Gesetzgebung*

Ein Vergleich der deutschen Gesetzgebung mit derjenigen der Vereinigten Staaten führt zunächst zu der überraschenden Feststellung einer weitgehenden Übereinstimmung in der Argumentation⁴⁷, indem da wie dort in der eugenischen Frage die Rechte des Individuums zugunsten des Allgemeininteresses an der Erbgesundheit des Volksganzen zurückzutreten haben.

Der grundsätzliche Unterschied äussert sich nicht im Aspekt von Zwang und Freiwilligkeit. Beidenorts ist die Unfruchtbarmachung zwangsweise vorgesehen. Der Unterschied macht sich vielmehr in der Art der Anwendung des Zwanges bemerkbar; er liegt im Geiste der Gesetze. Während in Deutschland die Zwangssterilisation zu einem Mittel der systematischen Bevölkerungspolitik geworden war, das in

⁴⁷ von Leers, S. 87, macht darauf aufmerksam, dass in den USA ebenfalls eine Rassengesetzgebung besteht. S. 89 ff.

kategorischer Weise auf jeden vom Gesetz vorgesehenen Fall *ex officio* angewendet werden musste, besteht der Sterilisationszwang, mit Ausnahme, in den Vereinigten Staaten nur als fakultative Möglichkeit.⁴⁸ Es drängt sich in diesem Zusammenhang zur Illustration der Vergleich mit einem strafprozessualen Analogon auf, wobei der Sterilisationszwang der deutschen Gesetze dem Legalitätsprinzip als Postulat der strikten und unbedingten Anwendung der Norm entspräche und der Sterilisationszwang der meisten amerikanischen Rechte das Kriterium des Opportunitätsprinzips enthielte. In den Vereinigten Staaten wird den Beteiligten (Anstaltsleiter, Insasse usw.) wohl ein *Antragsrecht* gegeben, das aber nur in einigen Fällen mit einer *Antragspflicht* identisch wäre. Zudem stehen den Sterilisanden die ordentlichen Rechtsmittel und der ordentliche Instanzenzug zur Verfügung, während im nationalsozialistischen Deutschland mit der Bestellung von besonderen „Erbgesundheitsgerichten und -obergerichten“ auch diese Garantie vor experimentellen und willkürlichen Akten verloren gegangen war.

§ 3. Der eugenische Gesichtspunkt im schweizerischen Recht

I. Das Bundesrecht

Der eugenische Gesichtspunkt ist dem Bundesgesetzgeber in der Schweiz nicht *terra incognita* geblieben.

a) Das Schweizerische Strafgesetzbuch

Bei den Beratungen über den Entwurf eines vereinheitlichten Schweizerischen Strafgesetzbuches wurden mehrfach Stimmen laut, die nicht nur die Straflosigkeit bei medizinischer Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung forderten, wie sie in Art. 120 des Gesetzes schliesslich Eingang gefunden hat, sondern sich auch für die straflose juristische,

⁴⁸ Popenoe berichtet auf S. 42 ff. des Berichts der XII. Versammlung der intern. Federation eugenischer Organisationen zwar von einer systematischen Tendenz in *anderer* Richtung: Nebraska sieht die Registrierung aller Schwachsinnigen im Staate vor, vorerst nur zum Zwecke einer systematischen Eheverhinderung dieser Personen. Vgl. S. 15 dieser Arbeit.

soziale und eugenische Indikation einsetzen¹. *Wettstein* vertrat zum Beispiel in der 2. Expertenkommission² die Auffassung, dass ein Eingriff eigentlich auch zuzulassen wäre, „wenn ein unheilbarer Alkoholiker oder ein geistig oder körperlich in gleichem Masse Minderwertiger das Kind gezeugt hat“. Er sah dann in der Folge von einem diesbezüglichen Antrag ab, weil eine Formulierung dafür kaum zu finden sei.³ Zweifellos schrak man vor der Aufnahme einer positiven Zulassung der eugenischen Indikation auch deshalb zurück, weil man im damaligen Zeitpunkt⁴, zu Recht oder Unrecht, noch wenig Zutrauen zur wissenschaftlich begründeten Sicherheit der Erbprognose hegte und man nicht einer Substitution anderer, weniger achtenswerter oder sittenwidriger Gründe im Gesetze selbst Vorschub leisten wollte.⁵

b) Der eugenische Gesichtspunkt im Zivilrecht (ZGB 97 II).

Aber nicht nur bei den Beratungen über das neue Schweizerische Strafgesetzbuch, sondern auch im geltenden Zivilrecht tritt der eugenische Gesichtspunkt in Erscheinung. Zwei Artikel des ZGB beschlagen dieses Gebiet in der Ehegesetzgebung; und zwar handelt es sich um das Ehehindernis der nahen Verwandtschaft (ZGB 100) und das Eheverbot für Geisteskranke (ZGB 97 II). Dabei ist die Situation für den Fall der Geisteskrankheit, wie aus dem Willen des Gesetzgebers hervorgeht⁶, eindeutig. Der eugenische Charakter des Ehehindernisses der nahen Verwandtschaft hingegen stellt sich als recht zweifelhaft dar, indem man sich fragen kann, ob der Anlass zu dieser Bestimmung nicht eher in einem religiösen bzw. kirchlichen Inzestvorurteil zu suchen ist⁷

¹ Sten.Bull. Ständerat 1929 — S. 24.

Sten.Bull. Ständerat 1932 — S. 124.

Sten.Bull. Nat. rat. 1929 — S. 22.

² Protokoll VIII. S. 231.

³ einwandfrei formuliert im waadtländischen Strafgesetz von 1931: Art. 130: „L'avortement n'est pas punissable, lorsqu'il est pratiqué sur une personne atteinte de maladie mentale ou d'une infirmité mentale, dont la descendance selon toutes prévisions ne peut être que tarée. Toutefois il ne peut être opéré qu'avec le consentement du Conseil de Santé.“

⁴ Sten. Bull. Nationalrat 1929 — S. 24.

⁵ Neu-Malthusianismus. (Darüber ausführlich Forel.)

⁶ vgl. weiter unten S. 28/29.

⁷ Das Verbot der Geschwisterehe stammt aus der Lex Theodosii (L. III. od Theod. 3. 12) Can. 1076 § 1: „In linea recta consanguinitatis matrimonium irritum est inter omnes ascendentes et descendentes...“

§ 2: „In linea collateralis irritum est usque ad tertium gradum inclusive.“

Perathoner, „Das kirchliche Gesetzbuch“, Bressanone 1926, S. 394,

Chelodi, „Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici“, Tridentum, 1921:

Anm. 1: „Das Hindernis der Blutsverwandtschaft... beruht auf dem Naturrechte, ..., daher gilt es in dieser Ausdehnung auch für Nichtchristen.“

S. 103: „... hanc convenientem esse sive ex utilitate sociali evincitur.“ Vgl. auch Thomas v. Aquin Summa theol. II., II. q. 154, a.9.

als in der empirischen Begründetheit von Inzuchtschäden. Zum mindesten lässt sich nach dem Stand der neuesten Erbforschung die möglicherweise eugenische ratio des Gesetzgebers nicht durchwegs rechtfertigen.⁸ Bei der Inzucht besteht lediglich eine Wahrscheinlichkeit, dass gleichartig krankhafte Gene mit gegenseitig verstärkender Wirkung zusammenkommen. Das muss aber nicht unbedingt der Fall sein. Auch kann ein Zusammentreten von günstigen Genen ein „erfreuliches“ Inzuchtergebnis erbringen.

Wenn ZGB 97 ein *Eheverbot* aufstellt, das für Urteilsunfähige (Abs. 1) und *Geisteskranke* (Abs. 2) gilt,⁹ so ist damit nicht nur die Verhinderung von Eheabschlüssen, bei denen der urteilsunfähige oder geisteskranke Partner durch den überlegenden Gesunden auf irgend eine Weise ausgenützt würde, oder die im Interesse beider Partner liegende Verhinderung eines unersprießlichen ehelichen Zusammenlebens¹⁰ bezweckt, sondern ebensosehr eine Rücksichtnahme auf die zu erwartende Nachkommenschaft, die unter den ständigen psychischen Konflikten ihrer geisteskranken Eltern zu leiden hätten und in ihrer normalen Entwicklung gestört würden. Die Rücksicht auf die Nachkommenschaft findet aber in psychologischen Erwägungen dieser Art nicht ihre Grenzen. Zwar ist das Thurgauische Obergericht (und mit ihm bisweilen andere Gerichte in der Schweiz) der Ansicht, dass rassehygienische¹¹ Erwägungen unserem Gesetzgeber fremd seien und der Richter diesen, selbst wenn ihnen eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen wäre, nicht auf dem Wege der Rechtssprechung zum Durchbruch verhelfen könne.¹² Die konstante Praxis des Bundesgerichts vertritt in dieser Frage jedoch einen gegenteiligen Standpunkt.¹³

Da erfahrungsgemäss für die Kinder von Geisteskranken eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, die geschädigte Heredität ihrer Eltern ebenfalls mit auf den Lebensweg zu bekommen,¹⁴ konnte sich der schwei-

⁸ Günthart, S. 60, 191/92 und andere.

⁹ Über die gegenseitige Unabhängigkeit der beiden gesetzl. Eheverbotsgründe: Dukor, S. 42 ff.

¹⁰ BGE 73 I. 167: Das Eheverbot ist genügend gerechtfertigt, wenn „... der Einfluss der Geisteskrankheit auf das Verhalten des betr. Menschen in der Ehe in Betracht fällt“ und erhebliche Gefahren für das Gemeinschaftsleben in sich birgt.

¹¹ rassehygienisch hier immer für „eugenisch“ als Synonym.

¹² zitiert in BGE 68 II 140.

¹³ weiter unten.

¹⁴ Nach dem heutigen Stand der Erbforschung kann die prozentuale Wahrscheinlichkeit der erblichen Belastung an Hand der bekannten Aszendendiagnose ziemlich genau errechnet werden. Erbprognose. Vgl. Dukor, 130 ff., und Brugger in „Verhütung“, S. 222 ff.

zerische Gesetzgeber dieser Tatsache auch nicht ganz verschliessen.¹⁵ Der Wortlaut von ZGB 97 II lässt freilich nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass dieser Gesichtspunkt auch ein gesetzgeberisches Motiv war. Allein schon der Umstand aber, dass in der Systematik des Gesetzes ein Unterschied gemacht wurde zwischen dem Requisit der Urteilsfähigkeit und dem Erfordernis der Geistesgesundheit für den Eheabschluss (ZGB 97 I und II), dürfte ein Hinweis darauf sein, dass es dem Gesetzgeber nicht nur um einen Schutz der ehelichen Gemeinschaft an sich zu tun war, sondern eben auch um die Verhinderung erbgeschädigten Nachwuchses. Aus den Gesamtmaterialien geht die Richtigkeit dieser Annahme eindeutig hervor. Bei den Beratungen waren Anträge gestellt worden, die die ratio legis des ZGB 97 II expressis verbis zu fassen suchten:¹⁶

1. „Die Personen, die von geisteskranken Eltern stammen, sind eheunfähig.“
2. „Geisteskranke und mit solchen Krankheiten behaftete Personen, welche die Gesundheit des anderen Ehegatten oder der Nachkommen in hohem Grade gefährden, sind eheunfähig.“

Hoffmann, als Berichterstatter der Kommission, erklärte dazu, dass man zwar angesichts der praktischen Schwierigkeiten in der Ausführung der Bestimmungen von dieser Formulierung Abstand genommen hätte, die Erklärung der Unzulässigkeit der Ehe von Geisteskranken aber von allen Gesichtspunkten aus zu begrüßen sei.

Die Stellungnahme des Bundesgerichts ist eindeutig. Bisweilen rückte es die Bedeutung des rassenhygienischen Moments sogar an erste Stelle. BGE 47 II 126 bringt den für sich allein sprechenden Passus: „... will jene (Geisteskrankheit) den Abschluss der Ehe nur dann hindern bzw. vernichten, wenn er aus Gründen der Rassenhygiene verwerflich erscheint. Demnach ist besonders zu prüfen, ob die Art und der Grad der festgestellten Geisteskrankheit das Eheverbot unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt hätte.“ Oder bezeichnend in BGE 73 I 167: „... — neben den rassehygienischen Gesichtspunkten ...“, womit diese mit als wesentliche ratio der Norm erscheinen müssen. Den für die hier angestellte Untersuchung jedoch am besten geeigneten Beweis stellt BGE 48 II 180 ff. dar, welcher in seiner Begründung den Willen des historischen Gesetzgebers auslegt und dann anführt:¹⁷ „Hauptsäch-

¹⁵ vgl. Egger, Komm. Art. 97 N. 5 und N. 8.

¹⁶ Sten Bulletin 15 — 955

¹⁷ Text frz.; *sinngemässe Übers.* v. Verf.

lich der schweren Folgen wegen, welche die Ehe von Geisteskranken für die seelische Gesundheit des Volkes haben kann, hat der Gesetzgeber, indem er dem dringenden Rat der Ärzte Folge leistete, das Recht auf Ehe im sozialen Interesse der öffentlichen Gesundheit eingeschränkt.“

Nachdem also feststeht, dass der schweizerische Gesetzgeber den eugenischen Gesichtspunkt anerkannt hat, ja sogar *principaliter* als *ratio legis* in ZGB 97 II aufgenommen hat, fragt sich nun, ob nicht eventuell eine den gleichen Zweck der Verhütung erbgeschädigter Nachkommen-schaft verfolgende andere Massnahme an die Stelle des Eheverbots treten kann. Ist das Eheverbot überhaupt zweckmässig und praktisch wirksam? Wenn es nämlich in seiner Zweckmässigkeit und Wirksamkeit zu wünschen übrig liesse, müsste untersucht werden, ob nicht eventuell die Sterilisation — als der *ratio legis* besser entsprechende Massnahme — dafür substituieren könnte. In der Tat scheint das Eheverbot manchmal für die davon Betroffenen eine schwere Benachteiligung¹⁸ im Leben zu sein, insofern nämlich, als oft die gegenseitige Unterstützung in der Ehe für Psychopathen und Geisteskranke einen gewissen Halt darstellt, den sie, auf sich allein gestellt, nicht finden könnten. Zwar dürfte einer der vom Gesetzgeber verschwiegenen, rechtspolitischen Gründe zur Aufnahme des Eheverbots für Geisteskranke auch in der Erwägung gelegen haben, dass man bei ausserehelicher massloser Fortpflanzung durch die Internierung nötigenfalls der Verantwortungslosigkeit einen Riegel schieben könne, bei sozial rücksichtsloser ehelicher Fortpflanzung aber rechtlich kein Mittel zur Verfügung habe. Nichtsdestoweniger dürfte die Unzweckmässigkeit des Eheverbots m. E. genügend erwiesen sein: Einmal wird durch die Verweigerung der Ehe von Geisteskranken nicht nur der *ratio legis* der Fortpflanzungsverhinderung keine Genüge getan, indem dieselben — bei ihrem psychischen und moralischen Persönlichkeitsbild — kaum von ausserehelicher Fortpflanzung abzuhalten sind, sondern es wird dadurch geradezu die vom Standpunkt des Gesetzgebers aus unerwünschte uneheliche Kindschaft gesetzlich provoziert.¹⁹ Sodann ist m. E. eine ungenügende Wirksamkeit von ZGB 97 II im Sinne der *ratio legis* in der Mangelhaftigkeit ihrer praktischen Anwendung zu erblicken.²⁰ Wenn die Geisteskrankheit des einen oder der

¹⁸ Dukor nennt es eine „Grausamkeit“; S. 85 unten.

¹⁹ abgesehen von der Förderung der (in manchen Kantonen untersagten) Konkubinatsverhältnisse. Vgl. auch Spinner, S. 320 ff.

²⁰ Im Jahre 1948 sind in Zürich 11 Einsprachen auf Grund von ZGB 97 erhoben und deren 4 nachträglich wieder zurückgezogen worden (lt. Geschäftsbericht des Stadtrates pro 1948). Steck (Lausanne) berichtet von einer Untersuchung, die das waadtländische Justiz- und Polizeidepartement bezüglich der praktischen Wirksamkeit des Eheverbots durchgeführt hat: „La commission consultative . . . était

beiden Nupturienten vor dem Zivilstandsbeamten nicht auch für den Laien erkennbar ist,²¹ und wenn auch keine Einsprache von dritter Seite gemäss ZGB 108 gemacht wird,²² so wird die Ehe trotz bestehenden Verbots geschlossen.²³ Aus diesem Grunde sind neuerdings ernsthafte Bestrebungen im Gange, ein zentrales Register²⁴ mit Meldepflicht zu schaffen.

Die Frage, welche in diesem Zusammenhang noch abzuklären wäre, ist, wie es sich im Falle der „Ausschaltung“ von ZGB 97 II durch eine vorgängige Sterilisation des geisteskranken Nupturienten verhält. Ist etwa anzunehmen, dass der Wortlaut des Gesetzes: „Geisteskranke sind *in keinem Falle* ehefähig“²⁵, diesen Ausweg zum vornherein verunmöglichen soll? Egger²⁶ verneint dies, indem er eine einschränkende Auslegung befürwortet, „soweit das Verbot die Gesunderhaltung der Nachkommen bezweckt, *wenn keine solchen mehr zu erwarten sind*...“²⁵. Der Geisteskranke, welcher sich sterilisieren lässt, hat m. E. bereits durch die Vornahme dieser Operation der ratio legis genügend entsprochen. Auch Dukor²⁷ vertritt die Ansicht, „dass im Rahmen des bei uns geltenden Gesetzes... die Rechtslage unter Umständen entscheidend dadurch beeinflusst werden kann, dass sich ein Nupturient einer Sterilisation unterzieht“.²⁸ In Zürich wird seit langer Zeit schon die Sterilisationsoperation vom Stadtrat beim Vorliegen von rechtserheblichen Eheinsprachen wegen Geisteskrankheit empfohlen.²⁹

très surprise d'apprendre par nous que nous recevons chaque année à l'asile de Céry un nombre non négligeable de malades mariés, veufs ou divorcés, ayant procréé des enfants et dont la maladie ou l'infirmité mentale aurait dû conduire à l'application de l'art. 97 au moment où il se sont mariés.“ (Archiv der Julius-Klaus-Stiftung für Vererbungsforschung, Sozialanthropologie und Rassenhygiene, Band XIX, 1944, Heft 3/4. S. 482).

²¹ zum Beispiel bei Remissionen und Latenzzuständen.

²² In der Praxis wird oft eine Einsprache, besonders von kleinen Gemeinden, unterlassen aus Scheu vor den Kosten im Falle des Unterliegens, wenn es zum Prozesse kommen sollte. Nur mit einer Umkehrung der Beweislast könnte diesem Missstand abgeholfen werden: Beweis der Geistesgesundheit bei Eheabschluss: Ehezeugnis.

²³ BGE 48 II 178: „Dans la plupart des cantons, en effet, l'autorité spécialement chargée de s'opposer au mariage n'est pas à même de connaître immédiatement tous les cas justifiant son intervention, et ce n'est généralement qu'après l'expiration du délai ordinaire, lorsque, par exemple, l'officier d'état civil refuse de prêter son ministère pour la célébration du mariage en vertu de l'art. 144 CCS, que l'autorité est saisie de la difficulté.“

²⁴ wie im amerikanischen Staate Nebraska. Vgl. S. 25 vorne, Anm. 48.

²⁵ gesperrt v. Verf.

²⁶ Art. 97, N. 5.

²⁷ S. 145, Anm. 65 unten.

²⁸ S. 138.

²⁹ vgl. Protokoll über Eheinsprachen in Zürich.

z. B. vom 5. 8. 1948: „... Sollte sich die Braut sterilisieren lassen, so ist der Stadtrat bereit, die Einsprache zurückzuziehen.“ Im Kanton Waadt ist diese Praxis auch zu finden. Vgl. diesbezügl. Gerichtsurteil (Anhang I).

Wie stellen sich aber unsere Gerichte zu dieser weitherzigen, teleologischen Interpretation? Das Bundesgericht selbst hatte noch nie Gelegenheit, sich hierüber auszusprechen, und die kantonalen Entscheidungen in dieser Frage sind auch nicht geeignet, den Standpunkt der Rechtsprechung klar erkennen zu lassen. Immerhin geht aus einem Urteil des Zürcher Obergerichts³⁰ soviel hervor, dass das richterliche Empfinden die Sterilisation zum Zwecke der Bannung der Vererbungsgefahr „als mit den Geboten der Sittlichkeit und Religion unvereinbar betrachtet“. Die richterliche Ansicht stellt sich hiermit in einen merkwürdigen Gegensatz zur Praxis des Zürcher Stadtrats, der, wie bereits erwähnt, diese „mit den Geboten der Sittlichkeit und Religion“ in Widerspruch stehende Massnahme zu empfehlen pflegt! Ein Urteil des Aargauischen Obergerichts³¹ ist vorsichtiger gehalten und weicht einer Stellungnahme aus, indem es die Frage dahingestellt bleiben lässt, „ob es nicht gegen die guten Sitten verstossen würde, eine Ehekandidatin . . ., um eine Ehe ohne Kinder zu ermöglichen, zu sterilisieren.“

Sollte die Judikatur diesen Weg als gangbar erkennen, so würde damit die Sterilisation in unserem Recht als dem Eheverbot gleichwertige Massnahme erklärt. Es wäre nicht eine neue und unserem Recht fremde Erscheinung, wenn die Rechtsprechung dem Gesetzgeber vorgeifen würde, handelt es sich doch auch in der Schweiz beim richterlichen Recht nicht selten um einen *status nascendi* zukünftigen positiven Rechts³². Jedenfalls dürften triftige Gründe dazu führen, das Gesetz auch anders als nach seinem engen, positiven Wortlaut zu interpretieren³³. Ob die Weiterbildung des Rechts hier eher auf dem Wege der Rechtsprechung oder der praktischen Verwaltungstätigkeit zu erwarten ist, bleibt im konkreten Fall der zukünftigen Entwicklung überlassen³⁴. Jedenfalls ist eine Gesetzesrevision hier nicht dringend notwendig.

³⁰ Bl. f. Zch. Rspr. 1939, N. 102 S. 239.

³¹ vom 24. 7. 1924 — zitiert bei Dukor, S. 147.

³² Du Pasquier, N. 86. Vgl. ZGB 1, II, Zangger, S. 24.

³³ Pfeiffer vertritt in anderem Zusammenhang diese Ansicht. Vgl. SJZ 1914 — S. 338 und Germann „Grundfragen“, S. 57 unten; vgl. auch Kaufmann im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung. Nr. 1/2, 15. 1. 1949, S. 8 ff. Vgl. auch Jellinek in seiner Kieler Rektoratsrede (Sonderdruck) 1928. S. 11.

³⁴ Beispielsweise vertritt Jellinek die Ansicht, dass neben den eigentlichen Legislativbehörden lediglich die Verwaltung kraft ihrer in beschränktem Umfange bestehenden Rechtsetzungsgewalt rechtsgestaltenden und rechtsverändernden Einfluss haben kann, während er hinsichtlich der richterlichen Tätigkeit feststellt, dass „die Entscheidung im Ergebnis nicht schöpferisch sein“ kann (also ausschliesslich „*bouche de la loi*“ ist). Jellinek S. 10 und 11.

II. Das kantonale Recht

a) Kanton Waadt

Es gereicht dem Kanton Waadt zur Ehre, hinsichtlich gesetzlicher Grundlagen für die Sterilisation zu eugenischen Zwecken in Europa vorgegangen zu sein. *Steck*³⁷ erklärt den Umstand, dass gerade ein welschschweizerischer Kanton die erste Gesetzgebung brachte, damit, dass der romanische Geist klare juristische Lösungen einer allgemeinen unbestimmten Toleranz vorzieht. 1928 hat sich der Grosse Rat des Kantons Waadt in mehreren Sitzungen mit dieser Frage befasst³⁸ und das Gesetz auf 1. Januar 1929 in Kraft treten lassen; es hat folgenden Wortlaut:

„Ein Geisteskranker oder Geistesschwacher³⁹ darf ärztlicher Behandlung zur Verhütung seiner Fortpflanzung unterzogen werden, wenn er unheilbar ist und alier Wahrscheinlichkeit nach nur eine minderwertige Nachkommenschaft (*descendance tarée*) haben kann. Der ärztliche Eingriff kann nur auf Grund einer Ermächtigung des Gesundheitsrates stattfinden. Der Gesundheitsrat selbst gibt diese Ermächtigung nur nach Durchführung einer Nachforschung und nach übereinstimmendem Gutachten zweier von ihm bestellter Ärzte...“

Nach dem gesetzlichen Wortlaut könnten Zweifel bestehen, ob hier ein Sterilisationsgesetz mit Zwangscharakter vorliegt oder nicht. Aber an Hand der Motive³⁸ kann der Wille des Gesetzgebers eindeutig

³⁷ „Verhütung“ S. 228.

³⁸ postuliert als Abänderung des seit 1901 bestehenden waadtländischen Sanitätsgesetzes (Art. 28 bis) Bulletin des Séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, 1928, I, S. 507 ff.

„L'article 28bis nouveau que nous demandons d'introduire dans la loi sur le régime des personnes atteintes de maladies mentales concerne une mesure qui est pratiquée depuis longtemps en fait, mais qui jusqu'à maintenant n'a trouvé aucune sanction légale, ...“

„Il apparaît également désirable que ce genre d'opération soit réglementé dans une certaine mesure pour éviter des abus comme il peut s'en produire dans tous les domaines de la pratique opératoire. C'est pourquoi notre projet met entre les mains du conseil de santé le soin de décider l'opportunité de semblables opérations, et particulièrement de décider de la question de savoir si les personnes visées offrent les chances de procréer des enfants anormaux, ...“

S. 514: „Notre loi est ... une loi d'hygiène sociale préventive mais aussi une loi de protection en faveur des incapables.“

S. 515: „L'incapable doit être protégé contre toute intervention hâtive ou intéressée, et cette protection doit être organisée par la loi.“

³⁹ Die auch im ZGB auftretende Unterscheidung zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche ist darauf zurückzuführen, dass nicht die psychiatrische Terminologie ins Gesetz aufgenommen wurde, sondern dass es sich hierbei um Begriffe handelt, die aus dem Leben genommen und für den Laien im Allgemeinen unmissverständlich sind. Geistesschwäche bedeutet demnach, fachgemäss ausgedrückt, einen Schwachsinn mittleren Grades (Lutz, S. 79), zu welchem auch der sog. höhere Blödsinn zu rechnen ist (darüber Dukor, Eheverbot, S. 33 ff.). Vgl. S. 47 ff. dieser Arbeit.

festgestellt werden. Der Zweck der Gesetzgebung war nicht nur die Verhütung erbkranker Nachkommenschaft, die der Allgemeinheit zur Last fallen würde, sondern auch die Gewährleistung vor missbräuchlicher Unfruchtbarmachung durch interessierte Dritte, also der Schutz der Geisteskranken selbst. Der Gesetzgeber wollte ausser der gesetzlichen Sanktionierung der Sterilisation zu eugenischen Zwecken alle Fälle durch die Hände des zu objektiver Prüfung von Amtes wegen verpflichteten Gesundheitsrates leiten.⁴⁰

Aber auch die praktische Anwendung des Gesetzes ist vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers nicht im geringsten abgewichen. Der Gesundheitsrat geht zur sinngemässen Anwendung seither folgendermassen vor: Wenn eine Person die im Gesetz betr. Geisteskranken und Schwachsinnige bezeichneten Bedingungen erfüllt, werden zwei Ärzte bezeichnet, wovon einer Psychiater sein muss. Nach der ärztlichen

⁴⁰ Unglücklicherweise hat sich eine ungenaue Übersetzung des Gesetzestextes durch Luxenburger in Bleulers Lehrbuch der Psychiatrie — bis zur 6. Auflage des Werkes — in der Literatur geradezu verheerend ausgewirkt. Luxenburger übersetzte: „Ein Geisteskranker . . . ist . . . zu unterwerfen“, während der französische Text „... peut être l'objet de...“ (= darf.. unterzogen werden..) lautet, was m. E. nicht zu der Schlussfolgerung berechtigt, dass — wie in der erwähnten 6. Auflage von Bleuler noch zu lesen ist — „die Anwendung von Zwang wenigstens grundsätzlich zulässig ist“.

Auf diesen verhängnisvollen Irrtum hingewiesen zu haben, ist das Verdienst von Prof. Steck (in „Verhütung“, S. 227). Aber auch 1943 noch, in der 8. Auflage von Bleulers Werk (S. 185), hat sich hartnäckig der Satz erhalten: „Aus der Fassung des Abs. 1, Satz 1 kann man schliessen, dass die Zustimmung des Kranken oder seines Vertreters nicht Voraussetzung ist.“ Auch der Schreibende selbst ist dieser falschen Quellenübermittlung zum Opfer gefallen, als er in einem Zeitungsartikel (TAf, Zürich, Nr. 26 vom 27. 1. 1949) von einer Anwendung des Gesetzes „eventuell sogar gegen den Willen des zu Behandelnden“ schrieb. Aus dem Umstand, dass der gesetzliche Wortlaut die Mitwirkung des Vormunds übergeht, darf offensichtlich juristisch nicht der Schluss gezogen werden, „dass die Zustimmung des Kranken oder seines Vertreters nicht Voraussetzung ist“; das Zustimmungserfordernis kann allerhöchstens als fraglich erscheinen. Es ist aber ganz ausgeschlossen, dass ein Verwaltungsgesetz lediglich dadurch, dass es einen zivilrechtlich wesentlichen Umstand verweigert, über zivilrechtliche Voraussetzungen hinweggehen kann. Aus den Gesetzesberatungen (Vgl. auch Anm. 38 oben) geht ganz eindeutig hervor, dass man, abgesehen von der Frage der gesetzlichen Sanktionierung der eugenischen Sterilisation, einen so wichtigen Entscheid nicht ins Belieben von Privatpersonen allein gestellt sehen wollte, sondern es — auch im Interesse der Geisteskranken selbst — für ratsam hielt, das Verfahren verwaltungsrechtlich festzulegen und ein Verwaltungsorgan mit Prüfungspflicht und Entscheidungsgewalt zu betrauen. „Notre loi ne s'applique qu'à des personnes médicalement reconnues comme privées à tout jamais de leur discernement; et ce faisant elle poursuit un double but: . . . priver ces incapables de la possibilité d'avoir des enfants . . . empêcher que ces personnes qui, par hypothèse, sont hors d'état de donner leur consentement, ne soient laissées sans garantie à la merci de gens ou d'autorités intéressées à les voir privées de descendants.“ (Bulletin des Séances du Grand Conseil du Canton de Vaud 1928 I. S. 514). Es sei aus diesem Grunde nochmals ausdrücklich hervorgehoben, dass das waadtländische Sterilisationsgesetz keinen Zwang kennt, d. h. nicht die zivilrechtliche Einwilligung des Kranken oder seines Vertreters ausschalten will. (Auch unrichtig bei Spöndlin S. 81.)

Untersuchung der in Frage kommenden Person haben die beiden Experten die nachstehenden drei Fragen zu beantworten:

1. Ist die untersuchte Person von einer Geisteskrankheit oder von Schwachsinn betroffen?
2. Kann diese Krankheit oder dieses geistige Gebrechen geheilt werden?
3. Wenn nicht, kann man mit Bestimmtheit annehmen, dass die Nachkommenschaft davon betroffen sein wird?⁴¹

Alsdann, um die Vorsicht noch zu erhöhen, holt der Gesundheitsrat ausserdem die *schriftliche* Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein, wenn es sich um eine minderjährige oder eine — gemäss ZGB 369 ff. — unter Vormundschaft gestellte Person handelt.

Darüber, wie es sich mit der Häufigkeit der Anwendung dieses Gesetzes verhält, sind folgende Zahlen erhältlich:

1929—1936	57 bewilligte Gesuche ⁴²
1939	14 „ „ ⁴³
1940	6 „ „
1941	20 „ „
1942—1943	14 „ „

Ausserdem gibt Steck⁴⁴ folgende detaillierte Darstellung der im Kanton Waadt vom 1. Januar 1929 (d. h. seit Inkrafttreten des Gesetzes) bis zum 31. Dezember 1943 insgesamt durchgeführten eugenischen Sterilisationen:

	Männer	Frauen
Oligophrene	5	85 (wovon 7 mit Abtreibung)
Schizophrenie	1	10
Manisch-depressive	—	1
Konstitutionelle Psychopathen	3	2
Epileptische	—	4 (wovon 1 mit Abtreibung)
Insgesamt	9	102

⁴¹ Steck a.a.O. S. 230: „Frage 3 ist weniger leicht zu beantworten . . . Wir beantworten sie, indem wir einerseits den individuellen Stammbaum der zu untersuchenden Kranken, anderseits die aus den bisherigen allgemeinen Vererbungsregeln sich ergebenden Schlüsse für die betreffende Krankheitsgruppe berücksichtigen.“

⁴² Steck a.a.O. S. 230.

⁴³ Spoendlin, Anm. 35, S. 81.

⁴⁴ Archiv der Julius-Klaus-Stiftung f. Vererbungsforschung Bd. XIX, 1944, S. 48.

Die Zahlen sind ein Beweis dafür, dass die Handhabung des Gesetzes vorsichtig und massvoll geschieht. Wenn die Mehrzahl der durchgeführten Sterilisationen sich auf Oligophrene (= Schwachsinnige) bezog, so mag der Grund darin liegen, dass die Vererbung des Schwachsinns zuerst eindeutig feststand, und vor allem auch darin, dass die soziale Gefährlichkeit der Vermehrung dieser Krankheitsgruppe auf der Hand liegt.

Das waadtländische Sterilisationsgesetz stellt indessen nicht einen radikalen und einmaligen „Seitensprung“ des Gesetzgebers in ein bisher nicht erfasstes und brachliegendes Grenzgebiet des Rechts dar, sondern es entspricht einer im Kanton Waadt seit langem bestehenden besonnenen Tendenz, was durch die Tatsache erhellt wird, dass auch das zwei Jahre später erlassene, kantonale *Strafgesetzbuch* (Code Pénal Vaudois) in diesem Sinne Bestimmungen enthielt. Das waadtländische Strafgesetz brachte nämlich als grosse Neuerung eugenischer Prophylaxe die straflose Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indikation (CPV 130), einen Rechtfertigungsgrund, der im nachmalig vereinheitlichten Schweizerischen Strafrecht aus bereits erwähnten Gründen keine Aufnahme finden konnte.

b) Kanton Bern

Einen anderen Weg beschritt der Kanton Bern, welcher in der richtigen Einsicht der Dringlichkeit einer Lösung der Frage 1931 ebenfalls für rechtliche Grundlagen sorgte. Während der Kanton Waadt aber ein eigentliches Administrativgesetz in seiner legislativen Behörde ausarbeiten, beraten und beschliessen liess, hat der Kanton Bern nicht einmal den Weg der obrigkeitlichen Verwaltungsverordnung gewählt, sondern es handelt sich lediglich um eine Orientierung der bernischen Armenbehörden mit internen administrativen Weisungen.

Da in der Schweiz das Armenwesen und damit die Unterstützung der bedürftigen Personen vorwiegend immer noch den Bürgergemeinden obliegt,⁴⁵ wurden in vielen Gemeinden⁴⁶ diese Lasten so gross, dass die Behörden zu jedem erdenklichen Mittel greifen, um sich dieser fiskalischen Belastung zu erwehren; unbestritten bildet eines der bestbewährten Mittel zur Behebung der Armutsursachen die Unterbindung des Kinderreichtums bei den Armen und Lebensuntüchtigen der Bürgergemeinde.

⁴⁵ vgl. Ruck, Verwaltungsrecht II, 2. Auflage, S. 112 ff., „Heimatprinzip“.

⁴⁶ Das Gemeindebürgerrecht geht in der Schweiz bekanntlich beim Wegzug des Bürgers aus seiner Heimatgemeinde nicht verloren, so dass deren Armenbehörde auch für Generationen ihrer weggezogenen, auswärtigen Bürger im Notfall unterstützungspflichtig bleibt.

In den „Amtlichen Mitteilungen der Direktion des Armenwesens des Kantons Bern“ vom 5. 2. 1931, No. 4 geht ein „Kreisschreiben an die Regierungsstatthalter, die Bezirksarmeninspektoren und Armenbehörden des Kantons Bern“ auf das in diesem Zusammenhang auftretende Problem der Sterilisation ein, weil solche Begehren auch häufig bei der kantonalen Armendirektion eingereicht wurden, und „einzelne Behörden nicht davor zurückgeschreckt sind, gegenüber den Frauenspersonen, die aus den verschiedensten Gründen rechtlicher, moralischer und auch operationstechnischer Art nicht ohne ihre Einwilligung operiert werden dürfen, zur Erzielung dieser Einwilligung Druckmittel anzuwenden, die vor dem Gesetz und vor dem Gewissen unzulässig sind“.⁴⁷

Dass, wie bereits erwähnt, der Anlass zur Schaffung dieser Berner Weisung nicht eigentlich oder in erster Linie in der Sorge um die eugenische Zukunft des Volkes lag, sondern dass Fälle des fiskalischen Interesses, mithin die Angst vor vermehrten Armenausgaben, nach dieser Regelung riefen, ist nicht von Bedeutung, da die Weisung sich in ihren praktischen Auswirkungen über alle Seiten des Sterilisationsproblems erstreckt. So betitelt sie auch zusammenfassend ihren Inhalt als „*Grundsätze und Richtlinien für die Behandlung der Frage der Vornahme der Sterilisation*“. Es wird darin festgestellt, dass die Armenbehörden nicht befugt sind, selbständig die Vornahme einer Sterilisation zu verfügen: denn „wo oder wenn Personen, gestützt auf religiöse Auffassungen und Gründe, grundsätzlich Eingriffe der obengenannten Art ablehnen, haben sich die Armenbehörden selbstverständlich jeder weiteren Einmischung zu enthalten“. Es wird des weiteren festgestellt, „dass Gründe rein fiskalischer Art nie zur Vornahme einer Sterilisation berechtigen“.⁴⁸

Die „Grundsätze und Richtlinien“ geben auch, entsprechend dem waadtländischen Gesetz, das Verfahren bekannt, das bei den Sterilisationen im Kanton zu beobachten ist:

„Die Verhandlungen über die Frage der Sterilisation haben immer durch einen Arzt zu erfolgen, der die betreffende Person jeweiligen gewissenhaft aufzuklären hat. Die Armenbehörden haben sich jeder direkten Beeinflussung der in Frage kommenden Frauensperson und ihrer Angehörigen zu enthalten...“

„Bei verheirateten Frauen ist auch die absolut freie Zustimmung des Ehemanns notwendig.“ Die Sterilisation darf bei verheirateten Frauen nur vorgenommen werden bei medizinischer Indikation⁴⁹ und

⁴⁷ wiederholt in den Amtlichen Mitteilungen der Direktion des Armenwesens des Kt. Bern, No. 1 — 1948, S. 11.

⁴⁸ im Text gesperrt.

⁴⁹ Allerdings auch mit Annäherung an die sog. soziale Indikation: „... wenn ... eine weitere Schwächung und Reduzierung ihrer Kräfte in einem Masse

„aus Gründen eugenetischer Indikation, wenn beim einen oder beiden Eheleuten durch die Folgen unheilbarer alkoholischer Vergiftung oder anderer Infektionen oder schwerer Krankheit der körperliche oder geistige Organismus in einer Weise geschädigt ist, dass befürchtet werden muss, dass *auch die eventuell noch entstehenden Kinder dieser Eheleute* unter den Defekten ihrer Eltern leiden müssen . . .“⁵⁰.

In der Praxis scheint es allerdings so zu sein, dass nur die medizinische (und psychiatrische) Indikation anerkannt wird, indem man von der Auffassung ausgeht, dass eine Sterilisation wie jeder andere operative Eingriff nur dann vorgenommen werden darf, wenn das Leben oder die körperliche und geistige Gesundheit oder deren Wiederherstellung *der zu operierenden Person* auf dem Spiele stehen. Die Direktion des Fürsorgewesens des Kantons Bern ist der Ansicht, dass die Sterilisation nur bei der genannten Indikation, dann aber unabhängig von der Zustimmung des Patienten oder einer Behörde, von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entbinden könne, während ohne diese medizinische (bzw. psychiatrische) Indikation auch die frei abgegebene Zustimmung des Patienten oder einer Behörde für die Befreiung von dieser Verantwortlichkeit nicht genüge.⁵¹ *German*⁵² ist jedoch der Ansicht, dass die Einwilligung, bei Geisteskranken eventuell die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, die Sterilisation rechtfertige, „sofern sie nach ihrem Zweck und den Umständen nicht gegen die Sittlichkeit verstösst (etwa ungehemmter Unzucht oder blosser Bequemlichkeit dienen soll)“. Zulässig ist sie seiner Ansicht nach gerade bei ungünstigen Aussichten für die Kinder, so dass also die strafrechtliche Verantwortlichkeit unter diesen Voraussetzungen bei der eugenischen Sterilisation nicht in Frage kommen kann.

„Bei unverheirateten Frauenspersonen darf die Sterilisation nur vorgenommen werden, wenn sie deutliche Zeichen körperlicher oder geistiger Minderwertigkeit aufweisen . . . Über die Frage, ob diese Defekte vorhanden sind, hat der Arzt zu entscheiden.“

Ausserdem sind alle Fälle einer in Frage stehenden Sterilisation vorgängig der kantonalen Armendirektion mitzuteilen unter Beilage eines amtlichen Berichts und eines ärztlichen Gutachtens, worauf die Eingaben überprüft werden und der endgültige Entscheid über die Zulässigkeit der Massnahme fällt.

zu befürchten ist, dass sie nachher nicht mehr fähig ist, ihren Pflichten als Hausfrau und Mutter nachzukommen.“ (lit. a und b des Textes).

⁵⁰ gesperrt vom Verfasser.

⁵¹ mitgeteilt mit Schreiben v. 30. 7. 49.

⁵² Verbrechen, S. 239.

Durchschnittlich werden im Jahr ungefähr 17 Sterilisationen auf diese Art zulässig erklärt.⁵³

Die Auslegung und Anwendung des Kreisschreibens von 1931 scheinen bisher zu keinem Prozess geführt zu haben, und so hat sich auch das bernische Obergericht als solches nie dazu geäußert. Es ist lediglich anlässlich der Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches von der Armenbehörde selbst einem Mitglied des Obergerichts persönlich die Frage unterbreitet worden, ob das Kreisschreiben mit Rücksicht auf Art. 122 ff. StrGB zurückgezogen oder abgeändert werden müsse. Die mündliche Begutachtung kam zu einem verneinenden Resultat, weshalb die Weisungen auch heute noch in ihrem Originaltext in Kraft stehen.⁵¹

4. Systematische Zusammenfassung der grundsätzlichen gesetzgeberischen Lösungen

Bei den einschlägigen Gesetzen in Bezug auf die Sterilisation von Geisteskranken lassen sich, systematisch ergänzt, nachstehende grundsätzliche gesetzgeberische Lösungen finden:

1. kategorische systematische Zwangssterilisation mit obligatorischer Meldepflicht (Deutschland);
2. obligatorische Zwangssterilisation von Anstaltsversorgten (USA);
3. fakultative Möglichkeit der Anwendung von Zwang (USA);
4. Vorschlagsrecht von Staatsorganen oder Drittpersonen mit Einspruchsrecht des Sterilisanden (bzw. seines gesetzlichen Vertreters) und Möglichkeit des Instanzenzuges (Kt. Waadt, USA);
5. freiwillige Sterilisation;
6. freiwillige Sterilisation mit restriktiver Staatskontrolle;
7. Verbot der Sterilisation (Italien, Codice Penale v. 1930, Art. 552, 553).

Eine unklare Situation herrscht dann, wenn sich die Gesetzgebung eines Landes über die Frage ausschweigt und zu behelfsmässiger bzw.

⁵³ Vollständige Aufzeichnungen bestehen in Bern erst seit 1939.

freier Rechtsfindung gegriffen werden muss. Je nach den innerhalb der entsprechenden Rechtsordnung herrschenden Interpretationsgrundsätzen handelt es sich um eine in diesem oder jenem Sinne ausfüllbare Gesetzeslücke. Diese unbestimmte Rechtslage widerspricht jedenfalls dem neben dem Postulat der Gerechtigkeit jeder Rechtsordnung inhärenten, nicht minder wichtigen Postulat der Rechtssicherheit. Auf die eigentliche Problematik von Zwang und Freiwilligkeit bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Sterilisationsregelung wird de lege ferenda andernorts noch näher einzugehen sein.⁵⁴

⁵⁴ vgl. unter S. 108 ff. dieser Arbeit.

II. Abschnitt

RECHTSPOLITISCHE PROBLEME DER STERILISATION VON GEISTESKRANKEN

§ 5. Das Leben und die Gesundheit in der Rechtsordnung

I. Das menschliche Leben

Durch weite Strecken der Geschichte können wir jenes anthropozentrische Denken verfolgen, welches den abendländischen Menschen wohl ganz besonders zu seiner kulturellen und zivilisatorischen Leistung anzuspornen vermochte. Und heute, im Zeitalter der Ernte jahrhundertelanger naturwissenschaftlicher Entdeckungen und technischer Erfindungen zeigt sich diese geistige Einstellung mit all ihren Vorzügen und Nachteilen. Die Tatsache, dass die geistige Atmosphäre eines Kulturkreises auch in Rechtsidee und Rechtsordnung ihren Niederschlag finden muss, ist seit *Montesquieu's* genialer Untersuchung und Würdigung der auf das Recht Einfluss nehmenden Umstände eine Selbstverständlichkeit geworden. Es ist kein Zufall, dass in unserem Rechtskreis das menschliche Individuum als Träger subjektiver Rechte und Pflichten den Rechtsphilosophen und den Gesetzgeber gleicherweise beschäftigte. Mit seinen ihm als natürlicher Persönlichkeit zustehenden Rechtsgütern ist der Mensch seit langem gewöhnt, seine Daseinsberechtigung in sich selbst zu finden, ganz gleichgültig, welcher weltanschaulichen Überzeugung er im übrigen verhaftet ist. Von dieser Voraussetzung ausgehend, wird auch das menschliche Leben in seinen mannigfaltigen Manifestationen von der Rechtsordnung geschützt.

Die wertmässige Abstufung dieses Schutzes kommt am augenfälligsten in den Strafrechtsordnungen zum Ausdruck, da diese neben dem subjektiven Verschulden auch den objektiven Wert des verletzten Rechtsguts durch Strafart und Strafmass qualitativ und quantitativ zu

bewerten pflegen.¹ So sind durchwegs in den Strafgesetzen unseres Rechtskreises bei Verbrechen gegen das Leben die angedrohten Strafen von den schwersten.

Derjenige, der sich am Leben seines Mitmenschen vergeht, greift ein von der Rechtsordnung in Bezug auf die Schutzwürdigkeit am höchsten bewertetetes Rechtsgut an und erleidet die entsprechend harte Sanktion.

Aber nicht nur in der wertkritischen Betrachtung der zum verletzten Rechtsgut korrelierten Sanktion kommt die hohe Bewertung des menschlichen Lebens zum Ausdruck; sie zeigt sich auch darin, wie sich die Strafrechtsordnung zum Problem der Todesstrafe stellt, und welches die Voraussetzungen sind, die sie für ihren Vollzug verlangt. In der Schweiz ist die Todesstrafe für politische Vergehen auf dem Wege eines Verfassungsverbotes² abgeschafft worden. Und auch für andere, gemeine Strafrechtsdelikte, welche in verschiedenen kantonalen Gesetzen noch die Todesstrafe nach sich ziehen konnten, ist seit der Einführung des neuen Schweizerischen Strafgesetzbuches diese Straftart „humaneren“ Sanktionen gewichen.³ Nur noch in Kriegszeiten und Zeiten hoher Kriegsgefahr (Aktivdienst) kennt unser Militärstrafrecht, wohl als generalpräventive Notstandsmassnahme, die kapitale Straftat⁴. „Die Todesstrafe widerspricht . . . jenem obersten Kulturprinzip der bedingungslosen Achtung vor allem menschlichen Leben . . .“⁵.

In der sukzessiven und heute praktisch vollständigen Abolition der Todesstrafe zeigt sich das Hineinwachsen einer ethischen Grundüberzeugung in die positive Rechtsordnung: den absoluten Wert des menschlichen Lebens anerkennt die Rechtsordnung in dem Augenblicke, da sie es auch für ihre eigenen Sanktionszwecke als unantastbar erklärt. Das menschliche Leben als solches ist dadurch jedem menschlichen Urteil entzogen.

Die hohe Bewertung des menschlichen Lebens spiegelt sich, wenn auch zumeist als stillschweigende Voraussetzung, in allen Rechtsgebieten, und nicht zuletzt im Verwaltungsrecht. Wenn *Ruck*⁶ schreibt: — „Der sittliche und wirtschaftliche Wert des Staates bestimmt sich we-

¹ Germann. „Grundfragen“, S. 124 ff. S. 78 ff.

² BV Art. 65 I. Volksabstimmung vom 18. 5. 1879.

³ vgl. Übergangsbestimmung StrGB 336 lit. b. Die Todesstrafe wurde seit dem Jahre 1868 lange nicht mehr angewendet; Stroos („Grundzüge“ 1862, S. 303) schrieb diesbezüglich, dass die ständige Nichtanwendung der Todesstrafe einer Aufhebung gleichkomme (desuetudo). Dies ist allerdings nicht der Fall. Beispielsweise wurde im Kanton Uri im Jahre 1882 und im Kanton Obwalden noch im Jahre 1940 eine Todesstrafe vollzogen.

⁴ vgl. Mil. StrGB. 27 I; 232 quater IV; Mil. Str. ger. ordng 204.

⁵ Prof. Zuercher in d. II. Experten-Komm. zum Strafrecht. Prot. I. S. 207.

⁶ Verwaltungsrecht II S. 39, kursiv vom Verfasser.

sentlich nach der Arbeit, der Leistungsfähigkeit und den Arbeitsergebnissen des Volkes. Der Staat muss daher *schon mit Rücksicht darauf* ein Interesse daran haben, das körperliche Leben der Bürger sicherzustellen...“ — so ist zwar die Blickrichtung naturgemäss eine andere, und dennoch steckt implicite der unbestrittene Selbstwert des Lebens in dieser Äusserung. Im Zivilrecht geht Egger sogar so weit,⁷ „zum Schutze des menschlichen Lebens... eine selbständige Pflicht zur *Menschenhilfe*“ anzunehmen, „wenn diese ohne jede Gefährdung eigener Güter geleistet werden kann.“

II. Die persönliche Gesundheit

Aber nicht nur dem Leben an sich⁸ wird ein absoluter Rechtsschutz verliehen, sondern auch jenem kostbaren Gut des Menschen, welches im allgemeinen als Voraussetzung eines lebenswerten Daseins gilt: der persönlichen Gesundheit. Eine Rechtsordnung, die sich mit der Garantie des nackten Lebens begnügt, trüge an einem wesentlichen Punkt den Stempel der Unzulänglichkeit; sie würde eines der natürlichen Lebensrechte des Menschen vernachlässigen. Schon *Montesquieu* hat dies erkannt.⁹ So ist heute auch die persönliche Gesundheit in umfassender Weise geschützt. Dabei hat nicht nur die körperliche Integrität die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers geweckt; es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Gesundheit in ihrer weitesten biologischen und vitalen Ausdehnung Rechtsschutz geniessen soll. Wie bisweilen gesetzlichen Bestimmungen wörtlich zu entnehmen ist,¹⁰ erstreckt sich die wahrende Hand des Rechts über die im engeren Sinn körperliche Integrität hinaus auch auf die geistige und seelische Integrität der Persönlichkeit. Die Annahme, dass der zivilrechtliche Genugtuungsanspruch für „tort moral“ auf diese umfassende Auslegung des gesundheitlichen Persönlichkeitsschutzes zurückzuführen ist, dürfte zutreffend sein.

Um die Methode der Rechtsgüterbewertung auf kriminalistischer Grundlage nochmals heranzuziehen, sei die Frage aufgeworfen, wie sich die neueste schweizerische Kodifikation, das Strafgesetzbuch, zu diesem Rechtsgut verhält. Welches sind seine diesbezüglichen Deliktstatbe-

⁷ Art. 28, N. 26.

⁸ vgl. S.

⁹ Esprit des Lois XIV. 11.

¹⁰ z. B. Str.GB 122 Z. 1 III.

stände, und wie ist die Reaktion nach Straftat und Strafmass? Schon die Gesetzessystematik lässt eine hohe Bewertung erkennen. Im ersten Titel der besonderen Bestimmungen werden die Gefährdung des Lebens und die Gefährdung der Gesundheit in einem Atemzug genannt und die Strafbarkeit von Handlungen gegen Leib und Leben in Straftat und Strafmass einander nahezu gleichgestellt. Und nicht zuletzt sei auf jenen, schon mehrfach erwähnten „Schicksalsartikel“ des Strafgesetzbuches¹¹ hingewiesen, welcher sogar in der Interessenkollision zwischen der Gesundheit der Mutter und dem Leben des Ungeborenen die erstere begünstigt.

„Der lebende menschliche Körper ist nicht Sache, sondern Teil der persönlichen Existenz“,¹² und zwar so sehr, dass dieser nicht ohne jene sein kann und umgekehrt. Die Interdependenz erscheint als eine totale, weshalb auch die körperliche Integrität als wesentliches persönliches Freiheitsrecht zu gelten hat.¹³ Es gibt zahlreiche Bestimmungen des Zivil- und Strafrechts, welche die körperliche Integrität und die geistig-seelische Gesundheit als geschütztes persönliches Freiheitsrecht erkennen lassen. Allen voran gilt ZGB 28 als Generalklausel und grundsätzliche Stellungnahme des Gesetzgebers.¹⁴ Kasuistischer und darum präziser in der Formulierung ordnet ZGB 170 I die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Ehegatten an, wenn u. a. die Gesundheit eines Gatten durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet ist;¹⁵ die Vormundschaftsbehörde soll ein Kind von seinen Eltern entfernen, wenn es „in seinem leiblichen oder geistigen Wohl dauernd gefährdet“ ist.¹⁶ Das heisst nichts anderes, als dass, mit Rücksicht auf die persönliche Gesundheit der gefährdeten Person, von der Rechtsordnung wichtigste Ehe- und Elternrechte beschnitten werden können.

III. Das Leben und die Gesundheit der zukünftigen Generation

Vom Momente der Geburt an, d. h. mit dem Entstehen der persönlichen Rechtsfähigkeit, sind Leben und Gesundheit des Rechtsschutzes teilhaftig. Wenn das bestehende Leben Rechtsschutz geniesst, drängt sich unmittelbar die Frage auf, in welchem Ausmass das noch nicht be-

¹¹ Str.GB 120. Vgl. S. 25.

¹² Griot, S. 89.

¹³ vgl. S. 102.

¹⁴ vgl. Egger, Art. 28.

¹⁵ vgl. auch ZGB 169.

¹⁶ ZGB 284.

stehende oder das noch nicht selbständig bestehende Leben von der Rechtsordnung geschützt ist: Wie wird das keimende Leben behandelt, und wie stellt sich die Rechtsordnung zum potentiellen Leben des Menschen?

a) Das keimende Leben

Durch Jahrhunderte war der Nasciturus juristisch ein „pars mulieris“, ein Teil der Mutter, dessen eigene Persönlichkeitsinteressen demgemäss juristisch irrelevant waren.

In erbrechtlicher Beziehung freilich hatte bereits das Recht der praktischen Römer eine heilsame Remedur für die mangelnde Rechtsfähigkeit des Nasciturus gefunden und „nasciturus pro iam nato habetur“ erklärt. In den heutigen Gesetzgebungen wird dem Nasciturus unter dem Vorbehalt seiner Lebendgeburt die gleiche erbrechtliche Stellung eingeräumt wie seinen beim Erbfall bereits lebenden Geschwistern.¹⁷ Aus dem Umstand, dass in unserer Rechtsordnung der Nasciturus bereits die Fähigkeit hat, gewisse Rechte und möglicherweise Pflichten zu erwerben, darf aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass seine rechtliche Persönlichkeit schon vor der Geburt in vollem Umfang entstanden sein soll. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang nur von einer „gesetzlich resolutiv bedingten Persönlichkeit“.¹⁸

Die rechtliche Umwertung des Nasciturus vom reinen „pars mulieris“ zu einem selbständigen Rechtsgut kommt wiederum klarer in der wertkritischen Strafrechtsordnung zum Ausdruck.

Im Altertum war der strafrechtliche Schutz des Nasciturus lediglich im Interesse des Ehemannes an leiblicher Nachkommenschaft begründet: die Abtreibung konnte nur auf Antrag des sich in seinen teils ökonomischen, teils ideellen Rechten verletzt fühlenden Ehemannes geahndet werden. Im mittelalterlichen Strafrecht, in welchem bereits das individualethische Gedankengut des Christentums Eingang gefunden hatte, wurde zwischen einer „beseelten“ und einer „unbeseelten“ Frucht unterschieden; von einem bestimmten, in der Rechtsordnung mehr oder weniger willkürlich festgesetzten Zeitpunkt an wurde der Nasciturus in seinem *eigenen* Interesse vor willkürlicher Vernichtung geschützt. In unserer Zeit schliesslich sind die Motive, die zum absoluten und zeitlich

¹⁷ ZGB 544, 605.

¹⁸ BGE 41 II 650.

unbeschränkten Lebensschutz des Nasciturus führten, ohne Zweifel neben einem naheliegenden Zweckinteresse der Gesellschaft in der Anerkennung des grundsätzlichen, individuellen Lebensanspruchs des Nasciturus, d. h. in seinem eigenen Interesse, zu suchen. Damit ist freilich nicht gesagt, ob auch die Gesundheit des Nasciturus gewährleistet sein soll. Kann eine Mutter oder eine dritte Person, ohne mit dem Strafgesetz in Konflikt zu kommen, die Leibesfrucht vorsätzlich, bewusst oder unbewusst fahrlässig beschädigen und dadurch die normale Entwicklung und die körperliche und seelisch-geistige Gesundheit des Kindes ungestraft in Mitleidenschaft ziehen? Diese Frage ist nicht so akademisch und abseits von der Wirklichkeit, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Heute ist erwiesen, dass gewisse angeborene Krankheiten nicht auf dem Wege der Vererbung übertragen, sondern vielmehr durch Keimschädigung hervorgerufen werden.¹⁹ Je mannigfaltiger und technisch komplizierter auf dem Gebiete der ärztlichen Therapie die Heilmethoden werden, desto gefährlicher können auch die Nebenwirkungen für den Organismus und die unter Umständen pathogenen Einflüsse auf den Nasciturus sein.²⁰

Während die blosse Existenz des Nasciturus gesichert ist, kommt ein weitergehender Anspruch insofern über den Rahmen des heutigen Gesetzes hinaus, als noch strafrechtliche Tatbestände und entsprechende Sanktionen fehlen. Hier besteht in dem Sinne eine Gesetzeslücke, als die positive Grenze der juristischen Erheblichkeit überschritten ist: das keimende Leben kann unter der Voraussetzung, dass keine Vernichtungsabsicht nachgewiesen wird, ungestraft geschädigt werden! Die zukünftige Gesundheit des Nasciturus kümmert den Gesetzgeber offenbar noch nicht; der geheiligte Grundsatz des „nullum crimen sine lege“ errichtet hier eine absolute Schranke gegenüber jedem Versuch einer Gesetzesauslegung,²¹ die als „freie Rechtsfindung“ gewertet werden müsste.²²

¹⁹ Eine genuine (=angeborene) Epilepsie ist nicht unbedingt hereditär, worauf beispielsweise von der Heidt aufmerksam macht. S. Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten, Bd. 106, Berlin 1936.

²⁰ So ist heute m. W. noch nicht abgeklärt, welche Keimschädigungen gewisse radioaktive Substanzen hervorrufen, und wie die moderne Ultra-Schall-Therapie sich auf die embryonale Entwicklung auswirkt.

²¹ Lang in der II. Expertenkomm. zum Entwurf des Strafgesetzbuchs Prot. II. S. 188: „Nach allg. Sprachgebrauch wird unter Abtreibung nur die Unterbrechung der Schwangerschaft mit *Tötungsabsicht* verstanden.“

²² Über die Zulässigkeit der Analogie im Strafrecht vgl. Germann in „Grundfragen“ S. 104 ff. Unzulässige Analogie ist die Anwendung eines Rechtsatzes auf einen Tatbestand, „der ausserhalb des Wortlautes des Gesetzes liegt, aber mit dem vom Gesetz entschiedenen Tatbestand wesensgleich ist, d. h. nicht über den dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken hinausgeht.“ BGE 65 I 11.

b) Das potentielle Leben

Aus den soeben gemachten Feststellungen sollte man die logische Schlussfolgerung ziehen können, dass demnach die Gesundheit der zukünftigen Generation den Gesetzgeber überhaupt nicht interessiere, dass also auch für das potentielle Leben, d. h. die biologische Tatsache der virtuellen Fruchtbarkeit eines Erbmasseteils, keine gesetzlichen Bestimmungen bestehen. Man sollte nach dem vorstehenden Ergebnis annehmen dürfen, dass sich das positive Recht auf diesem Gebiete jeder Regelung enthalten habe.

Aber dem ist nicht so: Die Weiterbildung der Rechtsordnung dürfte selten in logischer Konstruktion, sondern zumeist gemäss der Dringlichkeit der zu lösenden praktischen Aufgaben geschehen. Das Wichtige erhält privilegierte Berücksichtigung. Die systematische Sichtung und Gliederung der Materie bleibt dabei der nachkommenden Forschung überbunden. Da praktisch doch der erblichen Übertragung von Krankheiten eine viel grössere und in Hinsicht auf die davon betroffene Generationenkette viel folgenschwerere Bedeutung zukommt als der Keimschädigung, ist ein Vorgehen der Rechtsordnung hier durchaus verständlich.

Wenn schon zugegeben werden muss, dass für die Gesundheit der zukünftigen Generation der strafrechtliche Schutz noch fehlt, so ist es doch eine Tatsache, dass der Zweck der Verhütung erbkranker Nachkommenschaft für die Aufstellung des Eheverbots der Geisteskranken²³ als massgeblich erachtet worden ist. Wenn auch das vom Gesetzgeber gewählte Mittel als nicht zweckdienlich zu bezeichnen ist, so wäre doch die ratio legis ein untrüglicher Fingerzeig dafür, dass die Gesundheit der zukünftigen Generation nicht stetsfort jenseits von Recht und gesetzlichem Schutz zu bleiben hat. Das potentielle Leben ist ein wichtigstes Gut, dem auch die Rechtsordnung ihren Schutz nicht versagen darf. So wird es insbesondere ihre Aufgabe sein, auf Grund der gesicherten biologischen Kenntnisse eine grundsätzliche Regelung aufzustellen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen zum Zwecke der Gesunderhaltung der kommenden Generationen in das potentielle Leben eingegriffen werden kann. Die Forderungen der negativen Eugenik zielen darauf ab, dass die Rechtsordnung die rechtlichen Voraussetzungen umschreibe und die notwendigen Kautelen festlege, nach denen die biologische Fruchtbarkeit eines Erbmasseteils vernichtet werden *darf*, *soll* oder *muss*.

Grundsätzlich wird zu beachten sein, dass das Unwerturteil, welches der Gesetzgeber des schweizerischen Strafgesetzbuches in Bezug auf

²³ ZGB 97 II.

die eugenische Abtreibung ausgesprochen hat, kein logischer Hinderungsgrund für eine Gesetzgebung darstellt, die z. B. die eugenische Sterilisation zum Gegenstand hat. Nach der hier durchgeführten feineren Differenzierung wird der ausschlaggebende Unterschied der betreffenden eugenischen Massnahmen ohne weiteres klar. Das strafrechtliche Abtreibungsverbot hat den Schutz des bereits keimenden, in Entstehung begriffenen Lebens zum Zweck, während in unserem Strafrecht die potentielle Fruchtbarkeit an sich nicht ein in dem Sinne absolutes Rechtsgut ist, dass das Individuum nur unter Strafbedrohung darauf verzichten könnte.

§ 6. Die juristische Problematik der Geisteskrankheit

I. Der Begriff der Geisteskrankheit

Die Begriffsdefinition der Geisteskrankheit bietet Schwierigkeiten. Wenn auch mehr und mehr die Psychiatrie eine sichere Kenntnis der Erscheinungsformen der Geisteskrankheit vermittelt, liegen doch die organischen und funktionellen Ursachen dieser merkwürdigsten Störungen im menschlichen Organismus noch weitgehend im Verborgenen. Fast scheint es, als ob hier eines jener elementaren Lebensrätsel berührt würde, deren Erforschung sich den wissenschaftlichen Methoden weitgehend entzieht und deren Entschleierung möglicherweise niemals bis ins Letzte gelingen wird, wenn schon in unserer Zeit, insbesondere durch *Szondi*, einige grundlegende Erkenntnisse gewonnen worden sein dürften.

Der Begriff der Geisteskrankheit ist nicht ein für allemal gegeben; er unterscheidet sich auch ganz wesentlich in seiner naturwissenschaftlichen und seiner landläufigen Bedeutung. Der terminologische Unterschied zwischen der „Geisteskrankheit im Sinne des Psychiaters“ und dem juristischen Begriff der „Geisteskrankheit“ ist herauszuschälen, wenn im Folgenden keine Missverständnisse entstehen sollen.

a) Der medizinische Begriff

Die medizinischen Begriffe sind der Wirklichkeitserscheinung möglichst angepasst. Sie sind deshalb nicht nur je nach dem Stande der Forschung verschieden und veränderlich, sondern sie müssen als eine

Annäherung verstanden werden, bei deren näherer Bezeichnung man nicht ohne graduelle Unterschiede auskommt. Der Mediziner stösst sich nicht daran, dass sich der Begriff „Krankheit“ vom Begriff „Gesundheit“ nur unscharf trennen lässt. Die medizinische „Krankheit“ geht demnach fließend in die „Gesundheit“ über, und es ist mehr oder weniger eine subjektive Ermessensfrage, was medizinisch bereits als „krank“ und was noch als „gesund“ zu bezeichnen ist. Gesundheit und Krankheit sind graduelle Zustandsunterschiede im relativ gestörten bzw. relativ reibungslosen biologischen Funktionenverlauf des lebenden Organismus.

Nicht anders verhält es sich mit dem medizinischen Begriff der *Geisteskrankheit*.

*Forrer*¹ versucht eine Definition: „Geisteskrankheiten sind körperliche Krankheiten, und zwar vorzugsweise solche des Gehirns, d. h. die uns vor allem auffallenden psychischen Phänomene beim Geisteskranken haben ihre physische Parallele in einem bestimmten anatomischen und physiologischen Gehirnzustand.“ *Forrer's* Definition muss deshalb als fragwürdig und ungenügend erscheinen, weil sie einseitig nur jene Geisteskrankheiten betrifft, die auf einen physiologischen Defekt zurückgeführt werden können. Die Begriffsbestimmung wird dem ganz wesentlichen Umstande nicht gerecht, dass manche manifest defekte Geistesäusserungen — wenigstens nach dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft — physiologisch nicht nur nicht lokalisiert werden können, sondern dass auch die Gewissheit darüber fehlt, ob die funktionellen Störungen überhaupt im materiellen Sinne anatomisch bedingt sind. *Forrer* weist zwar selbst auf diesen Sachverhalt hin, was ihn aber nicht hindert, die Geisteskrankheiten trotzdem als körperliche Krankheiten aufzufassen. *Bleuler*² macht auf die Tatsache aufmerksam, dass in der Psychopathologie „äusserlich gleiche Erscheinungen je nach der psychischen Umgebung und Genese ganz verschiedene Bedeutung haben können“. Es ist so zum Beispiel diskutabel, ob die Nervenfunktionen noch als physische Vorgänge bezeichnet werden dürfen. Somit ist die Schlussfolgerung, dass, wenn gewisse Erscheinungsformen der Geisteskrankheit physiologisch und anatomisch bedingt sind, *alle* Erscheinungsformen ebenso bedingt sein *müssen*, als zum mindesten voreilige Verallgemeinerung von der Hand zu weisen.

Jedenfalls hat auch die These der psychogenen Wurzel vieler Geisteskrankheiten entscheidende Beobachtungen für sich, die eine physiologische Erklärung ausschliessen. Eine der Wirklichkeit gerecht wer-

¹ S. 52.

² S. 29

dende medizinische Begriffsdefinition hat deshalb zweifellos stets so weit zu sein, dass sie beide medizinische Hypothesen umfassen kann. Dies tut denn auch *Binder* in einwandfreier Umschreibung.

b) Der juristische Begriff

Es läge durchaus im Bereiche des Möglichen, den juristischen Begriff der Geisteskrankheit aus der medizinischen Terminologie zu übernehmen. *Egger* vertritt ausdrücklich die Ansicht, dass auf den medizinischen Begriff abgestellt werde. „Die Frage“, so schreibt er,³ „ob eine Geisteskrankheit vorliegt, ist eine Frage der psychiatrischen Diagnostik“.

Es ist jedoch auf den Umstand hinzuweisen, dass die juristischen Begriffsdefinitionen nicht a priori mit den medizinischen identisch sind. Die grundsätzliche Unabhängigkeit der juristischen Wertung zeigt sich auch in den spezifisch juristischen Definitionen.⁴ Während die *Feststellung von Tatsachen* eine Aufgabe der naturwissenschaftlichen Methode, zum Beispiel der psychiatrischen Diagnose ist, bleibt die *Wertung der festgestellten Tatsachen* und das Inbeziehungsetzen derselben zu bestimmten Postulaten, die eigentlich juristische Aufgabe.

So kann auch der Richter ohne weiteres das Vorliegen einer Geisteskrankheit im juristischen Sinne verneinen, wenn auch das psychiatrische Gutachten seinerseits zu einem positiven Befunde kommen sollte. *Lüscher* betont⁵, dass keine Abhängigkeit von einer begrifflichen Festsetzung bestehe, sondern dass es auf die im praktischen Leben erkennbaren Auswirkungen ankomme. Diese Ansicht ist auch diejenige des Bundesgerichts, das sich schon wiederholt mit dieser Begriffsfrage zu befassen hatte: „... es würde der ratio legis nicht entsprechen, wenn die Ehefähigkeit beim Vorliegen jeglicher geistiger Anomalie, welche die medizinische Wissenschaft als Geisteskrankheit bezeichnen mag, verneint werden sollte...“⁶ Noch deutlicher spricht sich ein anderer Entscheid⁷ aus: „Eine Geisteskrankheit in diesem Sinne ist nämlich nur dann vorhanden, wenn sie den freien Willen, die Einsicht in das Wesen der Ehe, das Verständnis für die damit verbundenen Aufgaben und Pflichten und die Fähigkeit zu deren Erfüllung ausschliesst.“ *Egger's* Ansicht wird demnach von der bundesgerichtlichen Praxis insofern wi-

³ Komm. ZGB. Art. 97 No. 6.

⁴ nicht nur in der Tatsache, dass das freie richterliche Ermessen — zum Mindesten theoretisch — durch die medizinische Expertise im Prozess nicht eingeschränkt wird.

⁵ Diss. Bern 1944, S. 28.

⁶ BGE. 47 II 122

⁷ BGE. 36 II 495

derlegt, als der medizinische Begriff sich zwar wohl mit dem juristischen decken *kann*, dass dies aber *nicht* unbedingt der Fall sein *muss*.

Freilich macht Egger andernorts diese Unterscheidung wiederum auch selber, indem er bemerkt, dass der Richter selbständig über die Unterstellung des dargelegten Zustandes unter den Rechtsbegriff der Geisteskrankheit entscheide.⁸

Eigenartig ist die Uneinheitlichkeit der juristischen Terminologie hinsichtlich der Geisteskrankheit. Während in den Art. 97, 122 und 141 ZGB ausschliesslich der Terminus der „Geisteskrankheit“ verwendet wird, taucht hinwiederum, u. a. im Vormundschaftsrecht Art. 369, 374 und 436 neben dem Ausdruck „Geisteskrankheit“ als gleichgestellter Begriff „Geistesschwäche“ auf. Und im neuen schweizerischen Strafgesetzbuch findet sich als dritte Variante der Ausdruck „Blödsinn“ neben „Geisteskrankheit“.⁹ Auch darin zeigt sich der grundsätzliche Unterschied der juristischen und medizinischen Terminologie. Medizinisch umfasst der *Oberbegriff* der Geisteskrankheit unter anderem als Erscheinungsformen und Unterarten auch den Blödsinn oder die Geistesschwäche, während der juristische Begriff der Geisteskrankheit offensichtlich nach der redaktionellen Abfassung des Gesetzestextes als der Geistesschwäche beziehungsweise dem Blödsinn *gegenübergestellter* und *gleichgeordneter Begriff* zu verstehen ist.¹⁰ Ein bundesgerichtlicher Entscheid neueren Datums¹¹ weist ausdrücklich auf den Umstand hin, dass juristisch „keineswegs eine bestimmt ausgeprägte Form geistiger Erkrankung oder eine allgemeine Verminderung der geistigen Kräfte, wie sie gemeinhin als Geistesschwäche bezeichnet wird“, verlangt wird, sondern dass es rechtlich genügt, „wenn ein wie auch immer gearteter abnormaler Geisteszustand dauernder Natur vorliegt, der den Betroffenen zur Besorgung seiner Angelegenheiten untauglich macht. . .“

Bei einer Spezialgesetzgebung auf dem Gebiete der psychiatrischen Wissenschaft wird m. E. die Verwendung der medizinischen Begriffe für juristische Zwecke kaum zu umgehen sein, wenn auf möglichst grosse Klarheit des Wortlauts oder auf kasuistische Aufzählung der in Betracht kommenden Geisteszustände nicht verzichtet werden soll. Bekanntlich sind auch die dem Rechte früher fremden technischen Ausdrücke anderer Wissenschaftszweige längst in die juristische Terminologie übernommen worden. Dies wird hier umso eher geschehen, als

⁸ Komm. Art. 97, Nr. 10.

⁹ Art. 10; eine Zusammenstellung findet sich bei Binder, S. 9/10, 52 ff.

¹⁰ vgl. Anm. 39, S. 32 vorne.

¹¹ BGE. 62 II 264

die psychiatrisch definierten Begriffe in ihrem medizinischen Sinne heute mehr und mehr geistiges Allgemeingut werden und im Begriffe sind, in die Umgangssprache überzugehen.

II. Die Stellung der Geisteskranken im schweizerischen Recht

Die Rechtsordnung muss auf die von Geisteskrankheit betroffenen Individuen Rücksicht nehmen, denn „Urteilsunfähigkeit und Geisteskrankheit äussern sich notwendigerweise in Symptomen und Anzeichen“¹², die unter Umständen von rechtlicher Bedeutung sind.

Die rechtliche Stellung des Geisteskranken wird im wesentlichen durch folgende Gesichtspunkte bestimmt:

- 1) — durch den Schutz der wirklichen Interessen des Geisteskranken vor seinen eigenen Handlungen,¹³
- 2) — durch den Schutz der anderen Rechtsgenossen vor Schädigung durch die Handlung des Geisteskranken,
- 3) — durch den Schutz der ethisch-sittlichen Werte an sich.¹⁴
Dazu kommt als zum Teil bereits verwirklichtes Postulat:
- 4) — der eugenische Gesichtspunkt.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes gehen diese Gesichtspunkte teils unmittelbar hervor, teils können sie durch teleologische Interpretation gefunden werden. Für viele, die Geisteskranken betreffende Normen sind mehrere Gesichtspunkte gemeinsam bestimmend.

Schon im römischen Recht wurde dem furiosus die Handlungsfähigkeit abgesprochen. Das ist auch heute insofern so, als die Handlungsfähigkeit von der Urteilsfähigkeit abhängig ist:¹⁵ Die Willenserklärungen des Handlungsunfähigen haben keine rechtlichen Wirkungen. Der Geisteskranke ist demnach in der Regel vertrags- und deliktsunfähig,¹⁶ wenn sein Geisteszustand die Urteilsfähigkeit beeinträchtigt. Aus Billigkeit kann allerdings auch ein Urteilsunfähiger, welcher Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verur-

¹² BGE. 68 II 142

¹³ In der Regel können praktisch zwar nicht die Handlungen, wohl aber die rechtlichen Folgen dieser Handlungen ausgeschlossen werden.

¹⁴ Bei Ausbeutung eines Geisteskranken durch gesunde Personen können diese Werte auch dann verletzt sein, wenn für den Geisteskranken selber aus diesem Umstand kein unmittelbarer Schaden entsteht.

¹⁵ ZGB. 17/18.

¹⁶ vgl. aber BGE 43 II 208.

teilt werden, ebenso bei nur vorübergehender Urteilsunfähigkeit.¹⁷ Die rechtliche Berücksichtigung dieser Zustände wird in der Praxis dadurch erschwert, dass oft von den andern Kontrahenten unerkennbar Urteilsunfähiger rechtliche Verpflichtungen eingegangen werden.

Auf die einschlägigen familienrechtlichen Bestimmungen wurde bereits andernorts hinreichend verwiesen.¹⁸

Auch im *Strafrecht* fällt die durch die genannten Zwecke bestimmte *besondere rechtliche Stellung* der Geisteskranken auf. Die Kriminalbiologie vertritt im Zusammenhang mit der forensischen Psychiatrie die Tendenz der immer weitergehenden Einräumung einer den konstitutionell psychischen Elementen gerecht werdenden rechtlichen Würdigung der kriminellen Täterpersönlichkeit. Die kombiniert psychologisch und biologisch definierte Zurechnungsfähigkeit ist die strafrechtliche Parallele zur personenrechtlichen, allerdings ausschliesslich psychologisch definierten Urteilsfähigkeit.¹⁹

Es liegt auf der Hand, dass die spezial- und generalpräventiven Zwecke auch bei den Strafen und Massnahmen zum Ausdruck kommen müssen.

III. Der rechtliche Schutz vor Geisteskrankheit

Da die „organischen“ Ursachen der Geisteskrankheiten noch grossenteils unerkannt sind, fehlt es konsequenterweise auch weitgehend an adäquaten prophylaktischen Massnahmen. Die wissenschaftliche Psychohygiene ist ein verhältnismässig junger Zweig der angewandten Wissenschaft und übt vorläufig auf die Rechtsordnung noch wenig Einfluss aus. Auch ist es fraglich, ob die Psychohygiene *organischen Geisteskrankheiten* je beikommen kann. Wahrscheinlich wird sie sicherer auf die exogen oder mittelbar psychisch verursachten Nervenkrankheiten zu beschränken haben. Das wird die Zukunft erweisen.

Der rechtliche Schutz *vor Geisteskrankheiten* im psychiatrisch-medizinischen Sinn muss in der Gegenwart hauptsächlich in eugenischen

¹⁷ OR 54.

¹⁸ Im *Eherecht* treten die weiter oben unter Ziffer 2, 3 und 4, im *Vormundschaftsrecht* die unter Ziffer 1 und 3 aufgeführten Schutzzwecke kombiniert in Erscheinung.

¹⁹ Die Urteilsunfähigkeit wird dennoch von gewissen biologischen Ursachen bewirkt, unter welchen die Geisteskrankheiten eine nicht geringe Rolle spielen. StrGB 10, 11, 13.

Massnahmen erblickt werden. Wenn man von jenen strafrechtlichen Bestimmungen absieht, die den Schutz der geistigen Gesundheit und Entwicklung von Kindern vor ungünstigen Einflüssen Erwachsener, im besonderen der Eltern oder Pflegepersonen, bezwecken, besteht die Verhütung von Geisteskrankheiten heute ausschliesslich in der Verhütung erbkranken Nachwuchses. Es ist dies ohne weiteres verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach dem heutigen Wissen erbliche Geisteskrankheiten nur durch die Verhinderung der Entstehung von kranken Nachkommen verhütet werden können. *Die Krankheitsprophylaxe ist also mit der Existenzverhütung identisch.*

Diese Tatsache ruft gewisse juristische Interpretationsschwierigkeiten auf den Plan, welche in der vorliegenden Arbeit noch in anderem Zusammenhang beleuchtet werden sollen.²⁰

Die Ansichten über die *Wünschbarkeit* der Verhinderung von erblichen Geisteskranken gehen weniger auseinander als die ethischen Überzeugungen in Bezug auf die *Zulässigkeit* der Verhinderung von Leben an sich. Die ethische Stellungnahme erscheint als weder logisch begründbar noch beweisbar und entzieht sich eo ipso einer ausschliesslich rationalen Untersuchung und Beurteilung. Es ist eine grundsätzliche Frage nach der „Werthierarchie“ in der Vorstellungswelt des Wertenden, ob das Leben an sich grundsätzlich oder absolut wertvoller sein soll als die Gesundheit an sich, oder umgekehrt, oder ob beide Werte auf der gleichen Stufe stehen. Je nach der Antwort werden die auftretenden „Wertkonflikte“ in dem einen oder andern Sinne gelöst. In der Rechtsordnung sind jene Normen enthalten, welche im „Wertkonflikt“ dem einen Wert vor dem anderen verbindlich den Vorzug geben und dadurch überhaupt erst eine praktische Lösung von Konflikten ermöglichen; sie müssen, wie bereits gesagt, einer der Rechtsordnung zugrundeliegenden bestimmten „Werthierarchie“ entsprechen.²¹

Die uns hier beschäftigende Wertungsfrage ist dem Wertungsobjekt gemäss weiter zu unterteilen. Es müssen einmal die Wertrelationen zwischen dem *zukünftigen Leben* an sich und der *Gesundheit des zukünftigen Lebens* an sich festgestellt werden. Dabei ist, um der Wirklichkeit gerecht zu werden, die weiter oben gemachte *Unterscheidung zwischen dem „keimenden“ und „potentiellen“ Leben*²² zu berücksichtigen.

²⁰ vgl. S. 85 ff. hinten betr. Auslegung von BV 69.

²¹ Auf die Probleme der Entstehung und Verwirklichung dieser „Werthierarchie“ kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. hierzu u. a. die Schrift des Verfassers über „Materiale Werthetik und richtiges Recht“, Zürich 1952.

²² vgl. S. 44/47.

Schematisch dargestellt handelt es sich um die folgenden Wertkonflikte, welche durch die Norm zu entscheiden sind.

	Gesundheit an sich	Zukünftige Gesundheit b. keimend. Leben	Gesundheit b. potentiell. Leben
Leben an sich			
zukünftiges Leben: — keimendes			
— potentielles			

Die Norm setzt als präponderierenden Wert im konkreten Wertkonflikt den Wert der Y- bzw. X-Achse in das entsprechende Koordinaten-, d. h. Konfliktfeld.

Es ist möglich, dass der präponderierende Wert in der schematischen Darstellung nicht konsequent der gleiche bleibt, dass also die Norm aus irgendwelchen Gründen sich nicht an die vorerst einmal als einheitlich angenommene Werthierarchie hält, sondern in einem speziellen Wertkonflikt dem entgegengesetzten Wert den Vorzug gibt. Das bedeutet nichts weniger, als dass in der Rechtsordnung in besonderen Fällen der grundsätzliche Vorrang des Wertes „Leben“ vor dem Wert „Gesundheit“ aufgehoben und umgestülpt sein kann. Im dargestellten Schema muss somit nicht unbedingt, wenn der grundsätzliche Wertkonflikt zwischen dem Leben an sich und der Gesundheit an sich zugunsten des ersteren gelöst worden ist, diese Lösung in allen anderen Koordinatenfeldern entsprechend sein. Theoretisch lassen sich vielmehr alle erdenklichen Kombinationen vorstellen.

Es muss m. E. hier nur festgehalten werden, dass der Entscheid im Koordinatenfeld $X_1 Y_3$ *kein Präjudiz* bildet für den zu treffenden Entscheid im Koordinatenfeld $X_3 Y_1$. Somit kann der grundsätzliche Selbstwert des Lebens an sich Normgehalt sein und trotzdem im Wertkonflikt zwischen dem Wert des potentiellen Lebens und demjenigen der Gesundheit des potentiellen Lebens zugunsten des letzteren entschieden werden. Im konkreten Fall bedeutet das: Die Sterilisation von Geisteskranken, d. h. *die Verhinderung nicht nur der Krankheit, sondern der Existenz der von der Krankheit betroffenen Individuen selber*, kann auch *zulässig* sein, wenn in der grundsätzlichen Wertung zwar dem Leben an sich vor der Gesundheit an sich das Primat gegeben wird. So aufgefasst steht die Sterilisation von Geisteskranken nicht mit dem ethischen Selbstwert des *bestehenden Lebens* in Widerspruch, sondern

bloss mit der Annahme des Selbstwertes auch des *potentiellen Lebens*. Sogar die eugenische Indikation der Abtreibung wird nicht unbedingt als notwendige Konsequenz zu erachten sein, denn auch beim keimenden Leben kann der Entscheid zugunsten des Wertes „Leben“ fallen. Damit würde das bereits in Entstehung begriffene Leben zu einem des Rechtsschutzes teilhaftigen bevorzugten Wert erklärt, obwohl beim potentiellen Leben eine gegenteilige Entscheidung den Normgehalt bildet.

Durch die graduelle Unterteilung der in Frage stehenden Werte und die damit in Zusammenhang stehende Unterscheidung der hier auftretenden Wertkonflikte könnte virtuell zum Mindesten die Einstellung jener Gegner der Sterilisation von Geisteskranken beeinflusst werden, die zwar nicht grundsätzliche Gegner des *eugenischen Eingriffs* sind, die vielmehr ihre Zustimmung zu dieser Massnahme nur verweigern, weil sie die Gefährdung der „Menschenwürde“ und das vollständige und uneindämbbare Hereinbrechen *utilitaristischen Gedankenguts* in diese Belange befürchten, wenn sie auch nur das Geringste von einer ganz rigid ablehnenden Haltung in dieser Frage abwichen.

§ 7. Das Problem der Willensäusserung

Das Problem der Willensäusserung zur Sterilisationsmassnahme ist im Folgenden soweit zu erörtern, als es für das Verständnis der juristischen Bedeutung der Willensäusserung des Sterilisanden notwendig ist.

I. Die Körperverletzung bei der Sterilisation

Die Läsion der auf Grund der persönlichen Freiheit gewährleisteten Körperintegrität und geistig-seelischen Gesundheit stellt in jedem Falle eine Körperverletzung dar. Der Begriff der Körperverletzung hat dabei strafrechtlich und zivilrechtlich eine unterschiedliche Bedeutung, worauf insbesondere *Griot*¹ hingewiesen hat: „Jeder Eingriff in den vorhandenen Zustand der körperlichen Existenz“ ist als Körperverlet-

¹ S. 39.

zung zu werten, ganz unabhängig von der Frage der Befugnis.² Die strafrechtliche „Körperverletzung“ besteht in allen jenen Tatbeständen tatsächlicher Körperverletzung und Gesundheitsschädigung, bei denen die Integrität der Persönlichkeit verletzt worden ist, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorläge. Auf die Frage der Rechtfertigung wird im Folgenden noch zurückzukommen sein.

Doch stellt die Sterilisationsmassnahme eine Körperverletzung dar? Nach dem Gesagten lässt sich die Frage ohne weiteres bejahen: es handelt sich um einen Eingriff in den vorhandenen Zustand der körperlichen Existenz. Und dies ist bei näherer Untersuchung erst noch in doppeltem Sinne zutreffend. Durch die Sterilisationsmassnahme wird der Körper des Sterilisanden nach dem gegenwärtigen Stande der Medizin nämlich zweifach verletzt: Einmal handelt es sich dabei um eine vorübergehend operative Körperverletzung, die durch den heute noch notwendigen und einzig gangbaren Weg des chirurgischen Eingriffs an sich hervorgerufen wird; sodann handelt es sich zum Zweiten um eine zuständige Körperverletzung bleibenden Charakters, wenn auf Grund des chirurgischen Eingriffs eine biologische Funktion des Körpers in ihrer potentiellen Wirkung aufgehoben wird. Diese Unterscheidung ist zwar gegenwärtig nur von theoretischer Bedeutung, da praktisch der Sterilisand gezwungen ist, in seine Willensäußerung betreffend die Unterbindung der biologischen Generationsfunktion eo ipso auch die soeben erwähnte erstere Körperverletzung miteinzubeziehen. Eine nicht operative Sterilisation ist der angewandten Medizin derzeit nicht bekannt. Die Unterscheidung würde aber dann praktische Bedeutung erlangen, wenn die Medizin über mehrere diesbezüglich zweckdienliche Massnahmen verfügen sollte und beispielsweise die eine dieser Massnahmen im chirurgischen Eingriff und die andere in einer radiologischen oder ähnlichen Behandlungsmethode bestünde, welche nicht als tatbestandsmässige Körperverletzung anzusehen wäre.

II. Rechtfertigung der Körperverletzung

Es wurde gesagt, dass die körperliche Integrität eine Ausstrahlung der geschützten Individualrechte sei. Die Verletzung der körperlichen

² „auch der zwecks Heilung vorgenommene Eingriff in die körperliche Integrität ist grundsätzlich Körperverletzung . . . (nicht der Eingriff ist in diesem Falle keine Verletzung, sondern seine Widerrechtlichkeit wird durch das Vorliegen bestimmter Umstände ausgeschlossen). S. 45; vgl. auch ausführlich Gschwind; ferner Germann „Grundfragen“, S. 15.

Integrität sei dennoch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt und nicht unter Strafe gestellt.³

Die Rechtfertigungsgründe für die Körperverletzung gehen aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, wobei in der Doktrin zwischen Rechtfertigungsgründen unterschieden wird, die auf dem „Prinzip des mangelnden Interesses“, und solchen, die auf dem „Prinzip des überwiegenden Interesses“ beruhen.

a) Das Prinzip des überwiegenden Interesses

Diese letzteren Rechtfertigungsgründe bestehen in der Erfüllung beziehungsweise Ausübung einer Amts-, Dienst-, Berufs- oder Bürgerpflicht, ferner in der Selbsthilfe, bei Notwehr und Notstand. Als Rechtfertigungsgrund hat insbesondere auch die vorgängige Einwilligung des Verletzten zu gelten, wenn durch die Körperverletzung ein Gut bewahrt oder gerettet werden kann, welches nach objektivem gesetzgeberischem Massstab wertvoller ist als das verletzte.⁴

b) Das Prinzip des mangelnden Interesses

Ebenso sind jene Rechtfertigungsgründe der Körperverletzung von Belang, die vom Prinzip des mangelnden Interesses abgeleitet werden; hier ist die positive Willensäusserung des Verletzten in Bezug auf die vorzunehmende Körperverletzung allein erheblich. Es handelt sich dabei in der Hauptsache um chirurgische Eingriffe therapeutischen oder prophylaktischen Charakters; auch Operationen zu kosmetischen Zwecken gehören dazu und Verletzungen im Zusammenhang mit sportlicher Betätigung.⁵ Die Rechtsvorstellungen über das fehlende Interesse sind allerdings in den verschiedenen Rechtskreisen verschieden. Im englischen Recht wird zum Beispiel der Selbstmord verpönt, beziehungsweise der Versuch unter Strafe gestellt, während in unserem Rechtskreis die Selbstaufgabe des Lebens eine zwar moralisch nicht indifferente, aber rechtlich auch nicht unerlaubte Handlung darstellt⁶.

c) Der Satz „volenti non fit injuria“

Der römisch-rechtliche Satz „volenti non fit injuria“ hat auch heute noch seine Bedeutung. Er betrifft jene Handlungen, welche die

³ dominium suorum membrorum.

⁴ Griot, S. 56, S. 64. Güter- und Zweckproportionalität, S. 65.

⁵ Ausnahme: Zweikampf mit Waffen.

⁶ vgl. aber StrGB 115.

Interessen des zu selbständiger Willensäusserung befähigten Individuums berühren. Die Körperverletzung wäre demnach dann eine erlaubte, wenn der Verletzte in sie einwilligt und die Willensäusserung des Verletzten rechtlich relevant ist. Die Rechtsordnung kann aber die eigentlich relevante Willensäusserung des Verletzten als unerheblich erklären, wenn sie sich veranlasst fühlt, das Prinzip des mangelnden Interesses durch das Prinzip des überwiegenden Interesses zu ersetzen, oder wenn sie angesichts einer Mehrzahl von zum vorneherein entgegengesetzten Interessen sich nicht zum Prinzip des mangelnden Interesses bekennen kann. Das letztere ist gemäss der natürlichen Aufgabe der Rechtsordnung des öfteren der Fall, während der angedeutete Prinzipienwechsel seltener vorkommt. Dies ist, wie bereits erwähnt, in England in Hinsicht auf den Selbstmord beziehungsweise den Selbstmordversuch der Fall. Offensichtlich ist nach der dort herrschenden Auffassung das individuelle Interesse am eigenen Leben nicht das rechtlich allein massgebliche. Während sich das soziale Interesse am Leben des Einzelnen bei uns höchstens in einer moralischen Missbilligung der Selbstentleibung äussert, scheint dort das Interesse der Gesellschaft an der Existenz des Individuums oder die ethische Überzeugung der Verwerflichkeit dieser individuellen Handlung so stark zu sein, dass durch die Norm vermittelt Androhung von Sanktionen ein Unwerturteil ausgesprochen werden muss. Somit wird in England bei einem Tatbestand, welcher bei uns dem Prinzip des mangelnden Interesses unterstellt ist, das Prinzip des überwiegenden Interesses angewandt; er ist dadurch dem Bereiche der Rechtfertigung durch den Grundsatz des „*volenti non fit injuria*“ entzogen.

Auch innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung ist die wechselnde Unterstellung eines Tatbestandes unter die Prinzipien des mangelnden und des überwiegenden Interesses zu finden: Eine Körperverletzung, die auf die Verstümmelung eines Gliedes oder Körperteils abzielt, ist grundsätzlich dem Prinzip des mangelnden Interesses unterworfen.³ Wird die Selbstverstümmelung jedoch im Hinblick auf die dadurch bewirkte militärische Dienstuntauglichkeit vorgenommen, so ist die Handlung dem Prinzip des überwiegenden Interesses unterstellt und wird gemäss Art. 95 Militär-StrGB bestraft. Auch hier gilt der Grundsatz „*volenti non fit injuria*“ nicht, weder beim aktiven Handeln noch beim passiven Erdulden.

Zusammenfassend darf m. E. gesagt werden, dass die Willensäusserung des Verletzten dann für die Rechtfertigung der verletzenden Handlung erheblich ist, wenn der Tatbestand einer Körperverletzung durch das positive Recht dem Prinzip des mangelnden Interesses unter-

worfen wird; und ausserdem, wenn bei einem dem Prinzip des überwiegenden Interesses unterworfenen Tatbestand die Körperverletzung einem durch die Rechtsordnung oder das Gewohnheitsrecht als überwiegend betrachteten Interesse dient.

III. Insbesondere die Rechtfertigung der eugenischen Sterilisation

Da die Sterilisation eine Körperverletzung ist, stellt sich nunmehr die Frage der Rechtfertigungsgründe für diesen Eingriff im Besonderen. Lägen keine Rechtfertigungsgründe vor, so wäre der Eingriff eine strafbare Körperverletzung, da durch die Handlung das von der Rechtsordnung geschützte Individualrecht der körperlichen Integrität beeinträchtigt wird.

Wenn die Sterilisation dem Prinzip des mangelnden Interesses unterstellt werden könnte, böten sich keine Schwierigkeiten; die Rechtfertigung wäre in der Einwilligung des Verletzten zu finden und die Handlung gemäss „volenti non fit injuria“ straflos. Müsste sie auf Grund einer positiven Bestimmung des Gesetzes oder auf Grund besonderer Verhältnisse als dem Prinzip des überwiegenden Interesses folgend betrachtet werden, wäre die Rechtfertigung wenigstens dann durch den Grundsatz „volenti non fit injuria“ gegeben und somit in der positiven Willensäusserung des Sterilisanden zu erblicken, wenn die Operation im Dienste dieser bei der Interessenabwägung bevorzugten Interessen stünde.

Der vorliegenden Verhältnisse wegen kann nicht von einem fehlenden Interesse die Rede sein. Der eugenische Eingriff ist nicht eine Selbstverstümmelung, bei der, abgesehen von der Militärdienstpflicht, nur eigene Interessen des Verletzten auf dem Spiele stehen. Wenn schon bei der Sterilisation überhaupt von Selbstverstümmelung die Rede sein darf, so zeichnete sich diese dadurch aus, dass durch sie mehr als nur ein Glied oder Körperteil verletzt und für die eigenen, individuellen Zwecke des Verletzten unbrauchbar gemacht wird; die Generationsfunktion hat einen überindividuellen, in Hinsicht auf die biologische Arterhaltung und die soziologische Gesellschaftsexistenz unbestreitbar sozialen Wesenszug. Die Anwendung des Prinzips des mangelnden Interesses hätte zur Folge, dass durch die Einwilligung die Sterilisation aus gleichgültig welchen Gründen gerechtfertigt würde. Dies ist eine extrem individualistische Auffassung, die der Tatsache der sozialen Komplexität des Lebens hier nicht gerecht zu werden vermag.

In Anbetracht des Auftretens einer Mehrzahl von verschiedenen Interessen ist die Rechtfertigung des eugenischen Eingriffs dem Prinzip des überwiegenden Interesses unterstellt.⁷ Der Entscheid darüber, ob diese Körperverletzung gerechtfertigt ist und ob sie dadurch aus dem Rahmen der deliktischen Körperverletzung heraustritt, ist damit nicht nur von der Einwilligung des Verletzten abhängig, sondern auch von dem Umstande, ob die vorzunehmende Körperverletzung mit dem als überwiegend erklärten Interesse in Einklang steht.

Wie ist aber das von der Rechtsordnung her als überwiegend erklärte Interesse ausfindig zu machen? Es wurde bereits festgestellt, dass sich der schweizerische Gesetzgeber in der Frage der eugenischen Sterilisation äusserst zurückhaltend zeigte. Ausser dem Eheverbot für Geistesranke bestehen keine Normen mit implicite eugenischer Zweckbezogenheit. Im Strafrecht wurde die eugenische Indikation nicht als genügender Rechtfertigungsgrund anerkannt. *Germann* sieht das überwiegende Interesse im eugenischen Gesichtspunkt.⁸ Danach erhalte das Interesse der Gesundheit der Nachkommenschaft den Vorrang, und die Einwilligung des Sterilisanden wäre zum Mindesten dann ein Rechtfertigungsgrund, wenn der Eingriff aus eugenischen Gründen vorgenommen werden soll.

Nachdem die Erbbiologie die hereditären Vorgänge so weit aufhellen konnte, dass heute an Hand der bekannten Geno- und Phänotypen in der Aszendentenreihe für die Deszendenten eine Prognose von hohem Wahrscheinlichkeitswert aufgestellt werden kann⁹, fällt es nunmehr in den Bereich des Rechts, daraus die praktischen Konsequenzen zu ziehen: Die Wertung und Abstufung der für die Sterilisationsmassnahme erheblichen eugenischen Gründe. Die juristische Erheblichkeitsfrage für die eugenischen Gründe wird durch die Aufstellung genau umschriebener Kriterien durch den Gesetzgeber oder, je nach Auffassung, durch den praktischen Entscheid von Fall zu Fall gelöst werden müssen.

IV. Die Willenserklärung des Sterilisanden

Für die Rechtfertigung der eugenischen Sterilisation ist, abgesehen von der Voraussetzung der grundsätzlichen Erlaubtheit dieser Mass-

⁷ Die Interessenlage bei Sterilisation von Geistesranken ist Gegenstand gesonderter Untersuchung; Vgl. § 8.

⁸ *Germann*, „Verbrechen“, S. 239: „zulässig ist sie“ — die Sterilisation —

⁹ vgl. Anm. 14, S. 27.

nahme, eine diesbezügliche Willenserklärung des Sterilisanden vonnöten. Die Willenserklärung kann positiv oder negativ ausfallen. Ausserdem ist ein neutrales Verhalten¹⁰ denkbar, bei welchem nicht von einer Willenserklärung gesprochen werden darf. Je nach dem Sinn und Wortlaut der zu schaffenden gesetzlichen Regelung genügt das Fehlen einer negativen Willenserklärung, oder es wird ausdrücklich eine positive Willenserklärung des Sterilisanden oder seines gesetzlichen Vertreters verlangt.

Bei der positiven Willenserklärung des Sterilisanden muss unterschieden werden zwischen dem *eigenen Verlangen*, d. h. einer positiven Willenserklärung, bei welcher der Anstoss zur Vornahme der Operation vom Sterilisanden selbst ausgeht, und der *Zustimmung*, bei welcher die positive Willenserklärung sich bloss sekundierend äussert.

Schliesslich ist bei der negativen Willensäusserung des Sterilisanden zwischen dem *deklaratorischen Widerspruch* und dem *tatsächlichen Widersetzen* zu unterscheiden. Die negative Willensäusserung wird nur dann und dort weiter von Interesse sein, wo die Sterilisationsgesetze einen mehr oder minder starken Zwangscharakter aufzeigen. Auf die Alternative Zwang oder Freiwilligkeit wird de lege ferenda noch näher einzugehen sein.¹¹

§ 8. Die Interessenlage in Hinsicht auf die Nachkommenschaft

Unter den bei der eugenischen Sterilisation auftretenden rechtspolitischen Problemen verdient das Verhältnis der durch die Massnahme berührten tatsächlichen Interessen zu ihr besondere Beachtung. Nicht nur das Gebot einer sorgsam abwägenden „Interessenjurisprudenz“ sondern auch die verdeutlichende Darstellung der hier vorliegenden Interessenlage fordern ein analytisches Vorgehen. In der Folge sind die Interessen des Individuums, der Ehegatten, des Staates und der Nachkommenschaft im Hinblick auf die eugenische Sterilisation gesondert zu untersuchen.

¹⁰ z. B. Apathie.

¹¹ vgl. § 11.

I. Das Interesse des Individuums an der Nachkommenschaft

Für den zur kritischen Bewusstheit erwachten erwachsenen, reifen Menschen ist die Fortpflanzung eine der wichtigsten Lebens- und Gewissensfragen, muss er sich doch sowohl im Hinblick auf sein Verhältnis zur Umwelt als auch auf seine Stellung zur Nachwelt unwiderruflich entscheiden. Das Vorhandensein von leiblicher Nachkommenschaft bleibt nicht ohne Einfluss auf seine tatsächliche und rechtliche Situation. Wenn auch in Wirklichkeit dieser Entscheid nicht immer einen bewussten, zweck- und wertrationalen Willensakt darstellt, oft vielmehr den spontanen Äusserungen der Persönlichkeit entspringt,¹ so handelt es sich nichtsdestoweniger um höchstpersönliche Konsequenzen.

Worin besteht nun das persönliche Interesse des Individuums an der Nachkommenschaft, wenn die vorerst nicht begründete, blosse Erfahrungstatsache, dass der Mensch im allgemeinen die persönliche Prokreation *wünscht*, für unsere Erörterung nicht genügt und näher untersucht werden soll?

Es sind mehrere Beweggründe wirksam.

Einmal handelt es sich um ein biologisches Art- und Gattungsinteresse, welches sich im Individuum einerseits als physiologisches Bedürfnis und andererseits als psychologischer Wunsch nach persönlicher Nachkommenschaft äussert. Insbesondere dürfte sich das *psychologische Interesse* dadurch erklären lassen, dass das Individuum angesichts der Tatsache des ihm unabwendbar und unentrinnbar bevorstehenden Todes den Wunsch nach Überdauerung dieses Ereignisses verwirklichen möchte.² Mit anderen Worten, das psychologische, genauer gesagt das realpsychologische Interesse³ an der Nachkommenschaft wäre also in einer durch das menschliche „Todesbewusstsein“ bewirkten kompensatorischen Vorstellung und dem entsprechenden Trieb zu suchen: die letzten Endes aussichtslose Selbsterhaltung und zeitlich begrenzte Selbstentfaltung des Individuums findet ihre Ergänzung und Ersetzung in der als aussichtsreicher empfundenen Erhaltung bzw. Vermehrung von Art und Gattung durch die Prokreation.

Neben dem individuellen psychologischen Interesse kann unter Umständen auch ein *religiöses Interesse* an der persönlichen Nachkommenschaft nachgewiesen werden. Dieses Interesse beruht auf der dem Individuum etwa durch den Inhalt der Glaubenslehre auferlegten Pflicht, sich fortzupflanzen bzw. zu vermehren. Diese Pflicht kann im-

¹ Libido.

² Unsterblichkeitsglaube usw.

³ vgl. idealpsychologisches Interesse, weiter hinten S. 63/64.

perativ auferlegt sein, so etwa, wenn die Glaubenslehre dem der Pflicht zuwiderhandelnden Individuum gewisse nachteilige Sanktionen in Aussicht stellt, die, sei es im diesseitigen oder in einem jenseitigen Leben, in Kauf genommen werden müssten.⁴

Unter patriarchalischen Verhältnissen und feudalen Wirtschaftsformen bestand auch ein ausgeprägtes *ökonomisches Interesse* an der eigenen Nachkommenschaft. Heute kann dieses Interesse nur noch bei einem sowohl an Zahl als auch Bedeutung kleinen Bevölkerungskreis festgestellt werden. In städtischen Verhältnissen pflegt heute das Aufziehen von Kindern und deren eine immer längere und kostspieligere Ausbildung erheischende Erziehung einem rein ökonomischen Interesse entgegenzustehen; sie stellt im Gegenteil in zunehmendem Masse ein ökonomisches Opfer für Individuum und eheliche Gemeinschaft dar. Auch hat die Sozialgesetzgebung durch ihre konsequenten Schutzeingriffe⁵ das direkte ökonomische Interesse an der Nachkommenschaft durch die weitgehende Verhinderung des Mitverdienstes der unselbständigen Kinder zunichte gemacht. Praktisch ist das ökonomische Interesse allgemein nur noch im Hinblick auf die familienrechtliche Unterstützungspflicht⁶ und bei Bauern mit Gutsbesitz im Hinblick auf die landwirtschaftliche und gewerbliche Handhilfe im Betrieb vorhanden.

Das individuelle Interesse in Bezug auf die *Existenz* der Nachkommenschaft dürfte nunmehr klar liegen. Aber wie verhält es sich nun beim Interesse an der *Beschaffenheit* der Nachkommenschaft? Darf vom Standpunkte des Individuums aus berechtigterweise auch von einem qualitativen Interesse gesprochen werden?

Realpsychologisch kann insofern von einem qualitativen Interesse an der Nachkommenschaft gesprochen werden, als die „selbstwertbewusste“ Persönlichkeit in der persönlichen Nachkommenschaft ihren Selbstwert über den individuellen Tod hinaus zu erhalten gedenkt. Auf diesen Umstand wurde bereits hingewiesen.

Je nach Auffassung kann auch ein *idealpsychologisches Interesse* an der Nachkommenschaft bestehen. Und zwar ist dies der Fall, wenn der Wunsch nach Nachkommenschaft nicht nur dem bewussten oder unbewussten Motiv der Selbst- bzw. Art- und Gattungserhaltung entspringt, sondern der Vervollkommnung und Verbesserung der persön-

⁴ Es ist hier dahingestellt, ob und inwiefern dieses sich in ethisch-religiösen Glaubensinhalten darstellende religiöse Interesse in seiner Entstehung und Wirkung wiederum mit dem psychologischen Interesse des Individuums identisch sei. vgl. von Aster, S. 218 ff.

⁵ Verbot der Kinderarbeit in Fabriken usw.

⁶ ZGB 328/329.

lichen Unzulänglichkeiten in der nachfolgenden Generation dienen soll. Unter anderem hat *Nietzsche* geglaubt, diesen idealpsychologischen Gesichtspunkt in allem Lebendigen erkennen zu können.⁷

Aber auch wenn das idealpsychologische Interesse an der qualitativen Verbesserung der Nachkommenschaft als eine philosophische Spekulation betrachtet werden müsste, auch dann bedeutete dies nicht die Negation des individuellen Interesses an der Eugenik überhaupt. Die Verneinung eines im eugenischen Sinn wirkenden selektiven Postulats beträfe lediglich die Grundlagen der positiven Eugenik. Hier soll jedoch die negative Eugenik in ihrem Verhältnis zum Interesse des Individuums an der Beschaffenheit der Nachkommenschaft berührt werden. Da die negative Eugenik es nicht mit der Verbesserung des Nachwuchses, sondern nur mit der Verhütung erbmäßig schlechter Nachkommenschaft zu tun hat, soll hier das idealpsychologische Interesse vorsichtigerweise nur negativ formuliert werden. Es verringert sich dadurch auch die Gefahr, dass der feste Boden der Tatsachen verlassen wird. Jedenfalls darf m. E. ohne weiteres behauptet werden, dass das Individuum *kein Interesse an erbkranker Nachkommenschaft hat*. Daraus folgt, dass das Interesse des Individuums an Nachkommenschaft ein *Interesse an gesunder Nachkommenschaft* ist. Somit kollidiert die Sterilisation von Geisteskranken zwar wohl mit einem hypothetischen Interesse des Individuums an Nachkommenschaft, nicht aber mit dem praktisch allein bedeutsamen, wirklichen Interesse des konkreten Individuums, welches die Gesundheit der Nachkommenschaft regelmässig zur Bedingung seines Interesses an der Existenz der Nachkommenschaft machen wird.

II. Das Interesse der Ehegatten an der Nachkommenschaft

Das vorstehend Gesagte ist deshalb nur von theoretischer Bedeutung, weil die Nachkommenschaft ja praktisch nur eine bedingt und begrenzt individuelle sein kann; die Nachkommen weisen die genotypischen und phänotypischen Merkmale beider Partner auf. So kann die Tatsache, dass die Nachkommenschaft die Gene zweier Individuen in sich trägt und auch den Phänotypus des einen oder des anderen, und mehr oder minder vermischt, verkörpert, das als realpsychologisch bezeichnete individuelle Interesse illusorisch machen.⁸

⁷ Zarathustra.

⁸ Anderseits ist das idealpsychologische Interesse von der Tatsache der genetischen Mischung abhängig.

Der Umstand ist deshalb beachtlich, weil sich aus dieser Feststellung ableiten lässt, dass ein Ehegatte möglicherweise kein Interesse an persönlicher Nachkommenschaft haben kann. Die Wahl des Partners ist nicht nur eine biologische Voraussetzung, sondern sie kann auch die Bedingung des psychologischen Interesses des Individuums an persönlicher Nachkommenschaft sein. Wenn beispielsweise der in Aussicht genommene Partner in gewissen Beziehungen bestimmten qualitativen Mindestanforderungen nicht genügt, kann das psychologische Interesse an der persönlichen Nachkommenschaft ganz fehlen.⁹

In unserer konkreten Frage führt die tatsächliche Feststellung der qualitativen Bedingung des Interesses an der Nachkommenschaft zur Schlussfolgerung, dass nicht nur das von einer erblichen Geisteskrankheit betroffene Individuum, sondern auch sein gesunder Partner kaum ein Interesse an einer von Seiten der Erbmasse des Partners stark gefährdeten Nachkommenschaft haben kann. Dieser Auffassung entsprechen, sei es mit oder ohne Absicht, gewisse Bestimmungen des positiven Rechts.¹⁰

Ausserdem können die Partner bzw. Ehegatten als subjektiv empfundene und objektiv gelebte Gemeinschaft ein *gemeinschaftliches Interesse* an der Nachkommenschaft haben. Das gemeinschaftliche Interesse stellt sich als ein übereinstimmendes, zumeist affektiv potenziertes und überpersönliches Interesse dar, das wiederum alternativ oder kumulativ psychologisch, religiös und ökonomisch begründet ist. Das gemeinschaftliche Interesse bezieht sich auf die Existenz und die Qualität der Nachkommenschaft, wobei das Interesse an der Gesundheit die Voraussetzung für das Interesse an der Existenz bildet.

Es zeigt sich also, dass die eugenische Sterilisation nicht mit den Interessen der Partner bzw. Ehegatten an der Nachkommenschaft in Kollision gerät.

III. Das Interesse des Staates an der Nachkommenschaft

Aber nicht nur das Individuum und die eheliche Gemeinschaft haben ein ausgesprochenes Interesse am Entstehen der Nachkommenschaft, sondern auch der Staat in seiner Eigenschaft als rechtlich organisierte politische Gruppe der menschlichen Gesellschaft.

⁹ Zum Mindesten mit dem fraglichen Partner. Vgl. auch S. 115 f. hinten.

¹⁰ Eheverbot für Geisteskranke, Scheidungsgrund der dauernden Geisteskrankheit, gewisse Sittlichkeitsdelikte im Strafrecht.

Je nach der Weltanschauung und je nach der politisch herrschenden Staatsauffassung und der damit im Zusammenhang stehenden Lösung des antinomischen Spannungsverhältnisses zwischen Individuum und Staat ist dieses Interesse des Staates an der Nachkommenschaft verschieden intensiv und kommt unterschiedlich zum Ausdruck. Die hier denkbaren Möglichkeiten erstrecken sich über eine weite Skala vom äussersten Extrem der totalitären, beziehungsweise totalen Staatsauffassung bis zum entgegengesetzten Extrem der Anarchie.¹¹ Es entspricht der totalitären Staatsauffassung, da diese das Individuum ausschliesslich als Glied und Funktionsträger des staatlichen Organisationsapparates würdigt, sich umfassend um das Einzelschicksal zu kümmern und dieses Einzelschicksal dem als erstrebenswert postulierten Kollektivschicksal des Staates rationell ein- und unterzuordnen. Daraus folgt, dass der totalitäre Staat auch die Bevölkerungspolitik in ihren quantitativen und qualitativen Aspekten bewusst und planmässig für seine Zwecke in die Hand zu nehmen trachtet.

Indessen kommt auch der nicht totalitäre, beziehungsweise nicht totale Staat nicht darum herum, in einem gewissen, allerdings beschränkten Masse bevölkerungspolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Auch für ihn ist das Interesse an der Nachkommenschaft ein lebenswichtiges und existenznotwendiges. Jeder Staat, welche Staatsform er auch immer angenommen haben mag, geht von selbst zu Grunde, wenn eine seiner Existenzvoraussetzungen in Wegfall kommt; das Aussterben der Bevölkerung besiegelt selbstverständlich das staatliche Schicksal. Soziologisch betrachtet bildet schon eine plötzliche, verhältnismässig grosse oder allmählich stärkere Verminderung der Bevölkerungszahl für die Gesellschaft einen in allen Gesellschaftsfunktionen der Gesamtstruktur bemerkbaren Störungsfaktor, welcher in der Folge eine Gefährdung des Staatswesens darstellt. Wenn dem Staate überhaupt eine Pflicht der Selbsterhaltung zugestanden werden darf, hat er ein berechtigtes Interesse, seine verschiedenen Existenzvoraussetzungen zu gewährleisten. Da eine dieser Existenzvoraussetzungen in der Erhaltung seines Bevölkerungsstandes besteht, kann in keinem Staatswesen die Bevölkerungspolitik völlig vernachlässigt werden.¹²

¹¹ Diese stellt bekanntlich Notwendigkeit, Zweckmässigkeit und Existenzberechtigung eines institutionellen, gesellschaftlichen Organisationsapparates überhaupt in Abrede.

¹² Diese Bedeutung hat beispielsweise auch der sog. „Soziallohn“ (Familien- und Kinderzulagen, Steuerabzüge usw.). Die Massnahmen zur Erhöhung des effektiven Einkommens können mittelbar einen bevölkerungspolitischen Aspekt haben.

Doch ist dieses bevölkerungspolitische Interesse des Staates, beziehungsweise die Verfolgung dieses staatlichen Interesses nur dann sinnvoll, wenn die *quantitative* Begünstigung der Fortpflanzung Hand in Hand geht mit der qualitativen Sorge um die Nachkommenschaft. Wenn im Vorstehenden gesagt wurde, dass jeder Staat durch das Aussterben oder die allzu starke Verminderung seiner Bevölkerung zu Grunde gehe, so ist die Feststellung durch die nicht minder wahre Behauptung zu ergänzen, dass der Staat in seiner Existenz auch in Frage gestellt wird durch die Verschlechterung seiner Bevölkerungsqualität in biologischer, moralischer und intellektueller Hinsicht.

Die Sorge um die Qualität seiner Bevölkerung zeigt sich beispielsweise bei jenen gesetzlichen Bestimmungen, die die berufliche, bürgerliche und militärische Ertüchtigung zum Gegenstand haben. Das Interesse an der Qualität des Nachwuchses kann sich indessen nicht nur auf die Ausbildung von Fähigkeiten beschränken. Die tägliche Erfahrung beweist in Übereinstimmung mit den biologischen Kenntnissen, dass nur dort Fähigkeiten entwickelt werden können, wo die entsprechenden erblichen Anlagen vorhanden sind. Das Interesse des Staates an der Nachkommenschaft ist schon aus diesem Grunde auch ein biologisches.

In diesem Zusammenhang dürfte das Interesse des Staates an eugenischen Massnahmen ohne weiteres verständlich sein, auch wenn die Rassenveredelung nicht zu den staatlichen Zielen gehört. Es erscheint überflüssig, hier weiter darzustellen, wie die körperlich oder geistig kranke Nachkommenschaft dem Staate nicht nur nicht dienlich, sondern geradezu schädlich ist. *Wenn der Staat ein Interesse an der Nachkommenschaft bezeugt, hat er ebenso ein Interesse an der Gesundheit dieser Nachkommenschaft.*

Deshalb liegt die gesetzlich erlaubte und geregelte Sterilisation von Geisteskranken als eine Massnahme der negativen Eugenik im Interesse des Staates.

IV. Das Interesse der Nachkommenschaft

Die bisherige Fragestellung kann hier deshalb nicht zum Ziele führen, weil hier zwischen dem Subjekt und dem Objekt des Interesses Identität vorliegt. In diesem Zusammenhange von „inter-esse“ zu sprechen, wäre schlechthin widersinnig.

Jedenfalls wäre es paradox, der Nachkommenschaft ein Interesse an ihrer eigenen Erzeugung zuzusprechen, denn die nicht-existente Nachkommenschaft kann selbstverständlich kein Interesse daran haben, ins Leben gerufen zu werden. Dies ist für die Nachkommenschaft vielmehr eine natürliche Tatsache, die es festzustellen und als gegeben hinzunehmen gilt.

Richtigerweise kann nur das Interesse der Nachkommenschaft in Bezug auf gewisse mit ihr in Beziehung stehende Werte erfragt werden. So hat etwa die Nachkommenschaft vom Augenblicke ihrer Entstehung an ein Interesse an günstigen Existenzbedingungen und Lebensumständen. Dieses Interesse betrifft endogene und exogene Faktoren, vor allem ihre erblichen Anlagen und das unmittelbare „Milieu“. Und dieses Interesse wird von der Rechtsordnung schützend wahrgenommen, wenn sie durch positive Bestimmungen die körperliche und geistige Gesundheit prophylaktisch oder therapeutisch regelt.

Es kann wohl kaum bestritten werden, dass dieser Schutz noch weiter ausbaufähig ist und in irgendeiner Weise in der Rechtsordnung vermehrt zum Ausdruck kommen könnte. Die gesetzliche, geregelte eugenische Sterilisation stellt eine vorzügliche Weiterbildung des Rechtsschutzes in dieser Richtung dar. Die negative Eugenik kollidiert nicht nur nicht mit den wahren „Interessen“ der kommenden Generation an ihrer Gesundheit, sondern sie findet, abgesehen von den bevölkerungspolitischen Zweckmässigkeitsüberlegungen, m. E. in den eigensten Interessen aller Menschen an einem gesunden und sinnvollen Leben ihre *ethische Berechtigung*. Die eugenische Sterilisation von Geisteskranken kann deshalb, in dieser Sicht gesehen, als ein Gebot der Menschenliebe aufgefasst werden, denn zweifellos ist die Behaftung mit einer erblichen Geisteskrankheit, welche die freie Selbstentfaltung der Persönlichkeit verunmöglicht, ein von den betroffenen Individuen ganz unverschuldetes persönliches Schicksal, das es im Rahmen des Möglichen und in ihrem eigenen Interesse zu verhindern gilt.

III. Abschnitt

GESETZGEBERISCHE PROBLEME DER STERILISATION VON GEISTESKRANKEN IN DER SCHWEIZ (de lege ferenda)

§ 9. Die Zwecke der Sterilisation

In der öffentlichen Gesundheitspflege dürfte die negative Eugenik im Sinne der Verhütung erbkranken Nachwuchses zu einer wichtigen Aufgabe berufen sein. Es liegt unbestritten im Allgemeininteresse, der Weitergabe und Ausbreitung von Erbkrankheiten vorzubeugen.

Die Sterilisationsmassnahme kann nun allerdings verschiedenen Zwecken dienen, welche im Folgenden zu untersuchen sind, um die begriffliche Abgrenzung der eugenischen Sterilisation klarzustellen und sie in ihrem Zusammenhang mit der Sterilisation schlechthin zu beleuchten.

1. Die medizinischen Zwecke

Die medizinischen Zwecke bestehen in der Heilung eines erkrankten, d. h. in seinem ordentlichen Funktionenablauf gestörten, biologischen Organismus und in der Verhütung von Erkrankung. Es ist demnach zu unterscheiden zwischen medizinischen Zwecken therapeutischen und prophylaktischen Charakters, und im Falle der Sterilisationsmassnahme, wo eine medizinische Bedeutung nicht nur für die lebende, sondern auch für die zukünftige Generation festzustellen ist, muss des weiteren zwischen medizinischen Zwecken eugenischen und nicht-eugenischen Charakters unterschieden werden.

a) Der therapeutische Zweck

Die Vornahme der Sterilisation zu ausschliesslich therapeutischen Zwecken ist der Medizin bei der sog. Osteomalacie¹ bekannt; die Sterilisation der Frau wirkt heilend und wird oft in Erwägung gezogen.

¹ Osteomalacie = Knochenerweichung bei Erwachsenen wegen mangelhafter Kalkzufuhr, übermässigem Kalkverbrauch oder mangelhafter Fähigkeit, Kalk zu assimilieren. (Ars Medici.)

Auch in der Poenologie, insbesondere in der strafgerichtlichen Praxis der Vereinigten Staaten von Nordamerika, spielt die Sterilisation eine gewisse Rolle. Wenn jedoch ausschliesslich die Änderung der zur Kriminalität führenden Charakterstruktur als therapeutisches Ziel verfolgt werden will, wird als geeignetes Mittel regelmässig nicht die Sterilisation, sondern die Kastration in Betracht gezogen.²

b) Der prophylaktische Zweck nicht-eugenischen Charakters

Es kann von einem prophylaktischen Zweck nicht-eugenischen Charakters gesprochen werden, wenn das Leben oder die Gesundheit einer Frau durch eine weitere Schwangerschaft oder Geburt schwer gefährdet würde und eine weitere Schwängerung aus bestimmten, unabdingbaren Gründen befürchtet werden muss. Es handelt sich um einen der medizinisch indizierten Abtreibung weitgehend entsprechenden Eingriff; dessen hauptsächliches Unterscheidungsmerkmal ist darin zu sehen, dass der Eingriff in seinem Wirkungsmass radikaler ist: Der Eingriff gilt nicht nur der Vernichtung einer Leibesfrucht, sondern er gilt dem mütterlichen Organismus selber, um die zukünftige Entstehung einer Leibesfrucht zu verhindern. *Stähelin*³ empfiehlt auch die Sterilisation des Mannes bei psychopathischer Veranlagung, wenn sich erwarten lässt, dass sich die durch die Familienvermehrung bedingte Mehrbelastung für ihn verheerend auswirkt.

c) Der eugenische Zweck

Anders verhält es sich beim eugenischen Zweck, wo nicht das Interesse des zu Sterilisierenden, sondern dasjenige der zukünftigen Generation im Vordergrund steht. Es handelt sich hier um eine Massnahme eindeutig prophylaktischen Charakters, deren Eigentümlichkeit darin besteht, nicht zugunsten der durch den Eingriff betroffenen Person, sondern zugunsten der Allgemeinheit und gewissermassen zugunsten der zukünftigen Generationen zu wirken. Es geht dabei also um eine Art zukünftigen Zwecks.

Eine Frage von grosser Bedeutung taucht auf: Kann die Verhütung erbkranken Nachwuchses eine Aufgabe der öffentlichen Gesundheitspflege sein, d. h. darf sich deren prophylaktische Tätigkeit

² Die Kastration verändert in der Folge die gesamte Persönlichkeit des Operierten; durch diesen Eingriff wird die *Drüsentätigkeit* unterbunden (Veränderung des hormonalen Körperhaushaltes) und nicht nur der Ausgang der Drüsengänge.

³ in „Verhütung“ S. 158.

nicht nur auf die lebende, sondern auch auf die zukünftige Generation erstrecken? Diese Frage muss im „Sozialstaat“ seinem Sinn und Zweck gemäss bejaht werden. Die soziale Seite der Verwaltungstätigkeit kann sich nicht auf die Feststellung gegebener Tatsachen beschränken, sondern hat so weit als möglich aktiv an der Zukunftsgestaltung Anteil zu nehmen. Und da nur gesunde Völker zukunftstüchtig sind, ist es eine Pflicht der Weiterblickenden und damit neben den Ärzten insbesondere derjenigen, die die legislative und exekutive Gewalt im Staate verkörpern, kraft ihrer besseren Einsicht für das zukünftige Gemeinwohl zu wirken, d. h. sie haben nicht nur das objektiv Richtige zu erkennen, sondern unter Umständen auch verantwortungsbewusst in fremdes Schicksal einzugreifen.⁴ Zu diesem vorsorglichen Handeln ist allerdings eine gesetzliche Grundlage und Umschreibung notwendig, könnte doch diese Begründung sonst leicht der Willkür Tür und Tor öffnen.

II. Die nicht-medizinischen Zwecke

Es ist ein besonderes, ethisches Problem, ob die Sterilisation auch zu anderen als medizinischen Zwecken vorgenommen werden darf oder soll. Während die strenge Dogmatik der katholischen Kirche jede diesbezügliche Konzession konsequent von der Hand weist und nach wie vor auf einer grundsätzlichen Verurteilung einer die menschliche Fruchtbarkeit beschränkenden oder vernichtenden Massnahme beharrt,⁵ steht der sog. Neu-Malthusianismus⁶ auf dem entgegengesetzten geistigen Pol, indem er die Sterilisation auch für persönliche und soziale Zwecke befürwortet.

Es sei in diesem Zusammenhang kurz auf die Lehre Malthus' und seiner Anhänger hingewiesen: *Malthus*⁷ glaubte in seinem grundlegenden theoretischen Werk das allgemeingültige, die Volksvermehrung und die jeweiligen vorhandene Nahrungsmenge in eine feste Relation bringende Bevölkerungsgesetz einwandfrei darbringen zu können. Die Theorie geht davon aus, dass die Bevölkerung ständig die Tendenz habe, sich über die Unterhaltsmittel hinaus zu vermehren; die Propor-

⁴ Zanger, S. 24, 276, 522.

⁵ vgl. S. 95 dieser Arbeit.

⁶ vgl. Forel A. „Neumalthusianismus oder Eugenik“; ebenso Kulemann.

⁷ „An Essay on the Principle of Population“ (First Edition 1798).

tion der beiden Grössen nehme diejenige der arithmetischen zur geometrischen Zahlenreihe an; nur der Mangel an Nahrungsmittel sei mittelbar durch Schwächung des menschlichen Körpers eine Hemmung der unbegrenzten Vermehrung. Da sich die Überbevölkerung als eine Hauptursache von Armut, Krankheit, Elend, Krieg und Barbarei erwiesen habe, liege die Rettung vor diesen Geiseln der Menschheit einzig in einer bewussten und wirksamen Geburtenbeschränkung. Während die ursprüngliche malthusianische Lehre das Mittel zu diesem Ziele in striktem „moral restraint“⁸ sieht, spricht die jüngere Richtung dem menschlichen Paarungsbedürfnis seine volle Berechtigung zu, vorausgesetzt, dass seine Folgen auf ein für die Gesellschaft erträgliches Mass herabgemindert werden oder völlig ausbleiben, denn es sei das grösste soziale Verbrechen, mehr Kinder in die Welt zu setzen, als verantwortungsbewusste Eltern unter günstigen Umständen unterhalten und erziehen können.

Unter diesem Gesichtspunkt kann von einer ethischen Rechtfertigung insofern gesprochen werden, als das Motiv der Unfruchtbarmachung ein soziales ist, ja unter Umständen einer bewussten Einschränkung und einem Opfer der Betreffenden gleichkommen kann. Die Schwierigkeit liegt indessen hier in der Problematik des einwandfreien Gesinnungsbeweises; nur zu oft werden in ideologischer Aufmachung ethische Motive bewusst oder unbewusst als Vorwand für Eigennutz und Bequemlichkeit angegeben. Ausserdem kann eine Kritik der malthusianischen Lehre die allgemeine Wünschbarkeit oder gar Notwendigkeit einer restriktiven Bevölkerungspolitik ernsthaft in Frage stellen, steht doch fest, dass die Unterhaltungsmöglichkeiten auch heute noch trotz oder wegen der Anwendung verbesserter wissenschaftlicher Methoden und trotz oder wegen des sich ständig noch vergrössernden zivilisatorischen Produktionspotentials nur zum geringen Bruchteil ausgeschöpft werden. Auch kann die Kritik mit Fug und Recht darauf hinweisen, dass die restriktive Bevölkerungspolitik, solange sie nur von gewissen Bevölkerungsgruppen oder von gewissen Völkern *einseitig* verfolgt wird, auf die Länge quantitativ zum Unterliegen, ja sogar zur Vernichtung der betreffenden Gruppe oder des betreffenden Volkes führen muss.

Das eidgenössische Recht hat in Bezug auf die Sterilisation zu nicht-medizinischen Zwecken keine ausdrücklichen Bestimmungen aufzuweisen. Dem individualistischen Grundzug unserer Rechtsordnung entsprechend dürfte der Entscheid dieser Frage wohl dem einzelnen über-

⁸ Malthus, S. 8 und S. 389 ff.

bunden bleiben, da — wie *Germann* bemerkt⁹ — „bevölkerungspolitische und ähnliche Gesichtspunkte im positiven schweizerischen Recht offenbar noch nicht berücksichtigt sind“.¹⁰ In der Praxis dürfte nur in den reformierten oder konfessionell gemischten Gebieten aus anderen als medizinischen Gründen sterilisiert werden, wobei der freie individuelle Wunsch absolute Voraussetzung ist.

Die Frage stellt sich allerdings, ob die Rechtsordnung nicht aus Gründen der positiven Eugenik die Sterilisation zu anderen als medizinischen Zwecken verbieten soll.

III. Synkrisis

Die vorerwähnten, gesonderten Zwecke können auch in dieser oder jener Weise im konkreten Falle verbunden sein. Dies wird in der Praxis sogar häufig der Fall sein, sei es, dass durch ein- und dieselbe Massnahme eine Vielheit von Zwecken verfolgt werden soll, oder sei es einfach, dass sich die polyfinale Determination aus einem absichtlich verfolgten Zwecke, bei welchem andere, nicht spezifisch erstrebte Zwecke eo ipso erfüllt werden, zwingend ergibt, weil diese auf Grund der besonderen Natur der Situation nicht isoliert und verunmöglicht werden können.

Diese letztere Sachlage ist beispielsweise dann anzutreffen, wenn ein chirurgischer Eingriff ohne besondere Sterilisationsabsicht vorgenommen werden muss, bei dem im Grunde genommen ein rein therapeutischer Zweck verfolgt wird,¹¹ welcher in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem möglicherweise nicht vermeidbaren Sterilisationserfolg steht. In diesem Falle wird die Unfruchtbarmachung bloss in Kauf genommen; sie ist ein nicht intendierter Nebenerfolg einer therapeutischen Massnahme. Das Problem ist weitgehend demjenigen der medizinischen Indikation der Abtreibung analog. Während dort aber der dem von der Rechtsordnung vorgezogenen Wert des Lebens bzw. der Gesundheit an sich gegenüberstehende und nachgesetzte Wert das keimende Leben ist, steht hier an dessen Stelle der Wert des potentiellen Lebens. Es ist logisch richtig, aus der Erlaubtheit der medizinischen

⁹ S. 239 „Verbrechen“.

¹⁰ vgl. auch S. 25 ff. dieser Arbeit. Dass dem schweizerischen Recht der eugenische Gesichtspunkt nicht fremd ist, dürfte *Germann* übersehen.

¹¹ z. B. Myome, Tumore usw.

Indikation der Abtreibung im positiven Recht auch die Berechtigung der Sterilisation als operatives Nebenfazit zu folgern. Es wurde indessen schon anlässlich der grundsätzlichen Erläuterung dieser Wertkonflikte darauf hingewiesen, dass diese Folgerung für die *Gesetzgebung* nicht eine zwingende Richtlinie darstellt, sondern dass es ihr, sei es aus welchen Rücksichten und Überlegungen auch immer, durchaus freisteht, analoge Wertkonflikte in verschiedener Weise zu lösen, ohne dass in ethischer Beziehung zum vornherein von „falsch“ oder „unrichtig“ gesprochen werden könnte. Das Verhältnis der Rechtslogik zur Rechtsethik scheint nicht durch Parallelität gekennzeichnet zu sein, sondern sich anderswie zu bestimmen.

Der klassische Fall der Synkrisis jedoch ist in diesem Zusammenhang die sog. stellvertretende Sterilisation, bei welcher sich der gesunde Partner an Stelle des kranken sterilisieren lässt, um in dieser besonderen Partnerverbindung (Ehe) den eugenischen Zweck zu gewährleisten. Dies kommt aus verschiedenen Gründen vor, wird aber praktisch hauptsächlich deshalb etwa in Betracht gezogen, weil der Eingriff an den beiden Geschlechtern unter dem chirurgischen Gesichtspunkte als verschieden schwer zu betrachten ist. So wird etwa die verhältnismässig leichtere Operation am Manne der etwas komplizierteren an der Frau vorgezogen.

Bei der stellvertretenden Sterilisation verbindet sich der eugenische Zweck im Hinblick auf den kranken Partner und dessen ungünstige Aussichten für die genotypische Beschaffenheit der Nachkommen mit dem nicht-medizinischen. In der Person des Sterilisanden selbst ist nämlich bei der stellvertretenden Sterilisation der Eingriff medizinisch bzw. eugenisch keineswegs indiziert. Es handelt sich vielmehr primär um eine typisch nicht-medizinische Indikation, allerdings verbunden mit einer — angesichts biologischer und sozialer Zusammenhänge — sekundär eugenischen Indikation.

Die Frage der Zulässigkeit dieser Massnahme ist mit der ganzen, bereits angedeuteten Problematik der nicht-medizinischen Sterilisation belastet, obwohl sie auf den ersten Blick als durch ihre mittelbar eugenische Zwecksetzung ohne weiteres gerechtfertigt erscheinen mag. In Bezug auf den eugenischen Zweck dieser Massnahme ist allerdings zu sagen, dass die stellvertretende Sterilisation unter dem Kriterium ihrer Wirksamkeit ebenfalls problematisch ist. Sie ist tatsächlich nur sehr bedingt wirksam; nichts steht doch, zum mindesten theoretisch, dem nicht-sterilisierten erbkranken Partner im Wege, mit einem anderen Partner kranke oder minderwertige Nachkommenschaft zu erzeugen. Es wird somit durch die stellvertretende Sterilisation keineswegs mit Sicherheit

krankte Nachkommenschaft verhindert. Und ebenfalls ist zu bedenken, dass durch diese Massnahme geradezu auch gesunde Nachkommenschaft verhindert werden kann, indem dem sich zur stellvertretenden Sterilisation zur Verfügung stellenden gesunden Partner, angesichts der weitgehenden Irreparabilität der Massnahme, die Erzeugung gesunder Nachkommen aus einer anderen Verbindung mit einem gesunden Partner verunmöglicht wird. Unter diesem Aspekt ist die stellvertretende Sterilisation nicht nur als zwecklose oder zweckfremde, sondern als zweckwidrige eugenische Massnahme zu bezeichnen.

Sie dürfte wohl von der Regelung der Sterilisation zu nicht-medizinischen Zwecken in vollem Umfange abhängig zu gestalten sein. Darauf ist an einem anderen Ort noch weiter einzugehen.¹²

§ 10. Die Verfassungsmässigkeit von Sterilisationsgesetzen

Da mit der vorliegenden Arbeit nicht nur die Notwendigkeit einer umfassenden Regelung des Fragenkomplexes dargelegt, sondern auch die auftauchenden Probleme und möglicherweise eine gangbare Lösung aufgezeigt werden sollen, darf die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Sterilisationsgesetzen in der Schweiz nicht umgangen werden.

Dabei kann allerdings das derzeit aktuelle Problem der Umgestaltung und Vervollkommnung der Verfassungsgerichtsbarkeit und damit die Frage, welche Gewalt im Staate und welches näher bezeichnete Staatsorgan letzten Endes, sei es dem Inkrafttreten vorangehend oder nachfolgend, über die Verfassungsmässigkeit bzw. die Verfassungswidrigkeit zu befinden hätte, hier als für unser Vorhaben zu peripher beiseite gelassen werden.

Weder das Bundesgericht noch die Justizabteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements haben sich je veranlasst gesehen, sich durch Urteil oder Gutachten über die Verfassungsmässigkeit von Sterilisationsgesetzen zu äussern. Im Gegensatz zu den Vereinigten Staaten von Nordamerika, wo diese Frage bei konkreten Fällen mehrmals aktuell wurde und dementsprechend in der juristischen Literatur zur Behandlung kam, ist in der Schweiz noch selten davon die Rede gewesen.

¹² vgl. S. 117 dieser Arbeit. Die stellvertretende Sterilisation ist im japanischen und finnischen Recht ausdrücklich erlaubt und geregelt. In Japan ist jedoch die nicht-medizinisch indizierte Unfruchtbarmachung nicht gestattet; vgl. S. 17 vorne.

I. Die Arten der Verfassungsmässigkeit

Die Verfassung, das konstitutive und höchste Gesetz des Staates mit erschwelter Abänderbarkeit, kann in ihren Bestandteilen in Normen gegliedert werden, die die Aufstellung der staatlichen Organe und die Abgrenzung ihres Wirkungs- und Zuständigkeitsbereiches zum Inhalte haben, in Normen, welche die Stellung des Individuums im Staate und zur Staatsgewalt umschreiben, und, zum mindesten in einem Staatswesen mit föderativer Struktur, in Bestimmungen, die die Frage der Kompetenzausscheidung zwischen den sich überschneidenden Staatsgewalten des Bundesstaates und der Gliedstaaten lösen. Daraus folgt, dass auch die Frage der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, d. h. ob ein Gesetz den Verfassungsnormen und ihrem Sinne gemäss sei, unter diesen Gesichtspunkten zu lösen ist. Ein Gesetz kann nur dann als verfassungsmässig gelten, wenn durch sein Inkrafttreten weder die verfassungsrechtlichen Normen zur Bildung der Staatsorgane und deren Funktionen noch die Normen, welche in der Verfassung das Verhältnis des Einzelnen zum Staat regeln, verletzt sind, und die Vorschriften, welche die Kompetenzzuweisung regeln, beachtet worden sind. Demgemäss muss ein Gesetz, um den Anspruch auf Verfassungsmässigkeit erheben zu können, sowohl die verfassungsmässig bestimmte Form haben und in der von der Verfassung vorgesehenen Art und Weise zustandegekommen sein (formelle Verfassungsmässigkeit) als auch seinem Inhalte nach mit dem Inhalt der Verfassung übereinstimmen (materielle Verfassungsmässigkeit bzw. Kompetenzmässigkeit, wenn der Inhalt die Kompetenzzuweisung betrifft). Es ist ein anderes, ob ein Gesetz den Normen der Verfassung positiv entspricht oder klar widerspricht, oder ob es zum ausdrücklichen Inhalt der Verfassung nur nicht in Gegensatz steht. Während in den ersteren Fällen die Frage der Verfassungsmässigkeit im allgemeinen juristisch keine Schwierigkeiten bereiten wird, kann es sich im zweiten Falle um eine komplizierte und weit mehr als formelle Streitfrage handeln. Es ist dann für eine einwandfreie Auslegung der Verfassung unumgänglich, sich über die der Verfassung zugrunde liegenden Werturteile selbst Klarheit verschafft zu haben. Es sind zum Teil jene Werturteile, auf die schon in anderem Zusammenhang hingewiesen worden ist.¹

Auf die formelle Verfassungsmässigkeit von Gesetzen muss hier nicht des Näheren eingegangen werden. Jedoch ist die Frage der materiellen Verfassungsmässigkeit von Sterilisationsgesetzen und die ver-

¹ vgl. S. 40 ff. dieser Arbeit.

fassungsrechtliche Kompetenzfrage eingehender zu erörtern, weil sie praktisch und politisch für unser Problem von grosser Bedeutung sind. Die beiden Fragen sind in der Folge voneinander getrennt zu behandeln.

II. Die Kompetenzmässigkeit

Es ist zu untersuchen, welchem Kompetenzbereich die geforderte Sterilisationsgesetzgebung gemäss den gegenwärtig in Kraft stehenden Normen zuzusprechen ist. Mit anderen Worten: Es geht darum, wie es um das Verhältnis der Kompetenzen von Bund und Kantonen, besonders in Bezug auf unsere Frage, bestellt ist.

a) Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen

1. *Die generelle Zuständigkeit der Kantone.* Vor der Gründung des schweizerischen Bundesstaats besaßen die Kantone sozusagen unbeschränkte staatliche Souveränität und damit im Zusammenhang die Zuständigkeit zur Gesetzgebung allein und ungeteilt. Mit der Schaffung einer die Souveränität der Gliedstaaten notwendigerweise beschneidenden Bundesgewalt war das Problem der Kompetenzabgrenzung verbunden und musste für alle Gebiete der staatlichen Tätigkeit gelöst werden.

Der Entscheid in der rechtlichen Kompetenzausscheidung fiel in Übereinstimmung mit der historischen Situation grundsätzlich im föderalistischen Sinne. Im allgemeinen tritt denn auch heute praktisch der Bund erst dann als Gesetzgeber auf, wenn die öffentlichen Aufgaben im Rahmen der partikularen Gesetzgebung der Kantone nicht oder nur unbefriedigend gelöst werden können. Logisch sind alle nicht in der BV positiv enumerierten und dem Bunde zugesprochenen Zuständigkeitsbereiche den Kantonen zuzurechnen. Dies geht aus BV Art. 3 hervor: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.“

Während in der Literatur darüber, dass durch die Bundesverfassung die kantonalen Kompetenzen nur negativ umschrieben sind, Einigkeit herrscht, gehen die Ansichten in Bezug auf die Präsumtion zugunsten der Kantone auseinander. *Giacometti/Fleiner* vertritt die Auffassung, dass bei streitigen Kompetenzfragen die „Beweislast“ demjenigen Gemeinwesen überbürdet sei, welches eine Zuständigkeit für

sich beansprucht.² *Ruck*³ vertritt die Auffassung, dass die Vermutung zugunsten der kantonalen Zuständigkeit spreche.⁴

Da nicht angenommen werden kann, dass BV Art. 3 lediglich deklaratorischen Charakter in Bezug auf die nachfolgende Abfassung der Kompetenzbestimmungen haben soll, sondern selbst echte Norm im Sinne einer grundsätzlichen Kompetenzausscheidung zu sein scheint, kann er schlechterdings nur den Zweck der Präsumtionsbegründung⁵ zugunsten der Kantone verfolgen. Es ist nicht zu vermuten, dass der Verfassungsgesetzgeber zu rein systematisch-deklaratorischen Zwecken Bestimmungen dieser Art in die Verfassung aufnimmt. Diese Auffassung dürfte auch der föderalistischen Struktur des Bundesstaates allein ganz entsprechen.

Sofern also die Bundesverfassung keinen ausdrücklichen Vorbehalt macht oder Schranken setzt, sollen die Kantone grundsätzlich umfassend und ausschliesslich zuständig sein. Durch diese Grundregel der Kompetenzausscheidung werden auch die negativen Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen nach Möglichkeit aus der Welt geschafft. Ist der Bund nicht zuständig, so sind es die Kantone auf jeden Fall.

2. *Die spezielle, ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes.* Die Zuständigkeit des Bundes ist im Gegensatz zu derjenigen der Kantone an die Voraussetzung der Enumeration in der Bundesverfassung geknüpft. Insbesondere ist der Bund nur dort zur Gesetzgebung zuständig, wo eine Bestimmung in der BV diese Gesetzgebungskompetenz begründet. Nicht in der Verfassung verankerte Bundesnormen sind kompetenzwidrig.

Das Ausmass der dem Bunde eingeräumten Gesetzgebungskompetenz kann ein verschiedenes sein.

Die dem Bunde zugesprochene Gesetzgebungskompetenz ist dann ausschliesslich,⁶ d. h. sie entzieht dann die Zuständigkeit den Kantonen ganz, wenn dies aus dem Wortlaut der Verfassung klar hervorgeht oder durch Auslegung zu schliessen ist. Bei Wendungen wie „Dem Bunde

² S. 81.

³ Staatsrecht, S. 36.

⁴ so auch Lambert, S. 14; ausführlich bei Schollenberger, S. 106 ff. Burckhardt, Komm. S. 14, distanziert sich von der „Vermutung“ ausdrücklich; ein Zweifel könne nach der bestehenden Regelung gar nicht aufkommen.

⁵ Bickel, S., S. 8: Da die Kantone „innerhalb der in der BV und KV gezogenen Schranken souverän sind, muss ein Schweigen der BV zugunsten der kantonalen Kompetenz ausgelegt werden.

⁶ vgl. Bemerkungen über den zweideutigen Ausdruck „ausschliesslich“ bei Giacometti/Fleiner S. 102/103.

allein steht das Recht zu...“⁷ oder „Das Recht... steht ausschliesslich dem Bunde zu.“⁸ ist die Ausschliesslichkeit der Bundeszuständigkeit klar.

Aber auch in Ausdrücken wie „... ist Bundessache“ oder „... Sache des Bundes“⁹ und „Der Bund wird auf dem Wege der Gesetzgebung... einrichten“¹⁰ oder „Die Bundesgesetzgebung trifft die erforderlichen Bestimmungen“¹¹ dürfte die Ausschliesslichkeit der primären Bundeszuständigkeit im Hinblick auf BV 3 implicite enthalten sein.¹²

Die Ausdrucksweise der BV ist somit uneinheitlich und kann Anlass zu Auslegungsdifferenzen geben. Diese Uneinheitlichkeit in der verfassungsrechtlichen Terminologie ist zweifellos ein Nachteil und kann nur aus dem Umstände erklärt werden, dass die Bundesverfassung ihrer Entstehungsweise entsprechend grossenteils nicht ein Werk der Juristen darstellt, denen die Einheitlichkeit der Ausdrucksweise im Interesse der klaren Umgrenzung des rechtlichen Gehalts am Herzen liegt, sondern dass sie sich praktischen Bedürfnissen entsprechend und aus politischen Erwägungen herauskristallisiert hat.¹³

Die ausschliessliche Bundeskompetenz schliesst die Zuständigkeit der Kantone aus. Dies hindert freilich nicht, dass eine Kompetenzdelegation an die Kantone stattfinden kann. In diesem Falle legiferieren die Kantone nicht kraft eigener Zuständigkeit, sondern kraft Delegation des Bundes.

Die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes hebt zwar logischerweise die Zuständigkeit der Kantone auf, kann aber den unter dem Regime der ausschliesslichen kantonalen Zuständigkeit entstandenen — damals kompetenzgemässen und nunmehr kompetenzwidrigen — kantonalen Gesetzen nur mittels der eigenen kompetenzmässigen Gesetzgebung derogieren. Die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes hat nur derogatorische Kraft gegenüber der Zuständigkeit der Kantone, nicht aber gegenüber den früher kompetenzmässig entstandenen kantonalen Gesetzen, welche die der Ausschliesslichkeit der Bundeszuständigkeit begründenden Zuständigkeitsvorschrift in der BV widersprechen.

⁷ BV 8.

⁸ BV 39, 41.

⁹ BV 20, 24 ter, 36, 37, 40.

¹⁰ BV 34 bis, 34 quater, 34 quinquies IV.

¹¹ BV 67.

¹² Schollenberger unterscheidet nach der Art der Kompetenz:

1. sog. Bundessachen.

2. Sachen der Gesetzgebung.

3. Verwaltungssachen.

„Das Verhältnis dieser drei Arten von Kompetenzen zueinander ist das, dass die vorhergehende Art die folgende oder die folgenden einschliesst, nicht aber umgekehrt.“

¹³ vgl. S. . . . nachstehend und Fussnote 21.

Es muss demnach unterschieden werden zwischen der Geltung der Zuständigkeitsvorschriften und der Geltung der kraft einer Kompetenzzuweisung in dem oder jenem staatlichen Bereich entstandenen Gesetze.

Die hauptsächliche unmittelbare Wirkung der Begründung der ausschliesslichen Zuständigkeit des Bundes besteht nun hinsichtlich der Kantone darin, dass sie die kantonale Zuständigkeit ex nunc untergehen lässt, d. h. jede zukünftige kantonale Gesetzgebung auf dem fraglichen Gebiete de jure verunmöglicht. Eine andere Frage ist freilich, ob sich die Gesetzgebung durch diese theoretische Wirkung de facto beeindrucken lässt, solange keine Anfechtungsmöglichkeit solcher kantonalen Gesetze wegen Kompetenzwidrigkeit besteht.

In Hinsicht auf die *Geltung* der Gesetze, insbesondere etwa angesichts von verfassungsrechtlichen Änderungen der Kompetenzabgrenzung, ist folgendes zu bemerken: Die ausschliesslich dem Bunde die Kompetenz eröffnenden Bestimmungen in der Bundesverfassung vernichten nicht unmittelbar und mit sofortiger Wirkung die noch unter dem Regime der ausschliesslichen kantonalen Zuständigkeit erlassenen gesetzlichen Bestimmungen der Kantone. Die unter der ausschliesslichen Zuständigkeit der Kantone entstandenen gesetzlichen Akte der Kantone bleiben vielmehr auch nach der Begründung der ausschliesslichen Kompetenz für die Eidgenossenschaft insofern in Kraft, als sie nicht durch die auf diese Zuständigkeit des Bundes gestützte Bundesgesetzgebung derogiert werden.

Giacometti/Fleiner¹⁴ spricht in diesem Zusammenhang von einer kantonalen Gesetzgebungskompetenz „in aktueller Geltung“. Bei dieser „aktuellen Geltung“ dürfte es sich nur um eine resolutiv bedingte Tolerierung kantonalen Gesetze handeln, die eigentlich streng genommen nach der Begründung der ausschliesslichen Bundeskompetenz in Bezug auf die Geltung an aktueller Kompetenzwidrigkeit leiden.¹⁵

Die resolutiv bedingte Tolerierung von gemäss der BV an und für sich kompetenzwidrigem kantonalem Recht ist eine praktische Unumgänglichkeit angesichts der möglicherweise langen Zeitspanne, die zwischen der Zuständigkeitsbegründung und der entsprechenden eidgenössischen Ausführungsgesetzgebung liegen kann. Die unmittelbare Vernichtung der bereits bestehenden kantonalen Gesetze müsste in der Rechtsordnung ein Vakuum bewirken, wenn der Bund mit seinen Bestimmungen nicht sogleich zur Hand ist. Diese radikale Vernichtungs-

¹⁴ S. 98/99.

¹⁵ Die Kompetenzwidrigkeit bezieht sich hier nicht auf die Entstehung sondern auf den Geltungsgrund.

wirkung mit den möglichen Folgen kann nicht der Zweck einer Zuständigkeitsvorschrift sein, welche dem Bunde eine ausschliessliche Kompetenz erteilen soll.

Kurz zusammengefasst lässt sich die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes folgendermassen darstellen: Die dem Bunde zugesprochene Gesetzgebungskompetenz in einer Materie kann nach Sinn und Wortlaut einer kompetenzbegründenden Verfassungsbestimmung eine ausschliessliche sein, d. h. die betreffende Domäne der kantonalen Gesetzgebung ex nunc entziehen. Die Ausschliesslichkeit der Zuständigkeit des Bundes bewirkt eo ipso die Kompetenzwidrigkeit des kantonalen Rechts auf dem fraglichen Gebiete. Die Kompetenzwidrigkeit ist kein absoluter Ungültigkeits- bzw. Untergangsgrund für die betroffenen kantonalen Gesetze. Die Kompetenzwidrigkeit wird dann toleriert, d. h. kompetenzwidrige kantonale Gesetze bleiben dann „in aktueller Geltung“, wenn sie wenigstens im Zeitpunkte ihrer Entstehung kompetenzgemäss waren und die Derogationsbedingung kompetenzgemässen Bundesrechts noch nicht eingetreten ist.

3. Die „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit von Bund und Kantonen. Die Bundesverfassung begründet normativ nach ihrem Wortlaut bzw. ihrem Schweigen nicht nur ausschliessliche Zuständigkeiten alternativ für Bund und Kantone, sondern sie kann auch eine theoretisch „gemeinsame“ Zuständigkeit der beiden sich überschneidenden Staatsgewalten verschiedener Stufe begründen, d. h. zugunsten der Kantone und des Bundes. Es handelt sich um virtuelle Kompetenzkonkurrenz, die praktisch einer Lösung ruft. Die gemeinsame Zuständigkeit kann nicht sowohl vom Bund als auch von den Kantonen im vollen Umfange und gleichzeitig in Anspruch genommen werden, da die Kompetenzkonkurrenz zu einer in Bezug auf die gesetzgeberische Materie formell kongruenten Gesetzgebung führen müsste. Konkurrierendes Recht kann auf keinen Fall gleicherweise Geltung erlangen, d. h. es kann innerhalb einer geschlossenen Rechtsordnung nicht möglicherweise von einander verschiedenes oder logisch gar widerspruchsvolles Recht gleichzeitig in Geltung sein. Bei virtueller Kompetenzkonkurrenz bedarf es demnach entweder einer aktuellen gesetzgeberischen Abgrenzung der Materie im Sinne der gegenseitigen Ergänzung von Bundesrecht und kantonalem Recht oder eines rechtsgültigen Entscheidungsgrundsatzes, welcher bei der konkurrierenden aktuellen Inanspruchnahme der gemeinsamen Zuständigkeit der einen oder anderen Zuständigkeit den Vorrang gewährt.

Die „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit zeichnet sich nach der Begründung einer fakultativen Kompetenz für den Bund dadurch aus, dass sie die Derogationswirkung in Bezug auf die *kantonale Zuständigkeit* in suspenso belässt. Auch die früher kompetenzgemäss entstandenen kantonalen Gesetze verbleiben hier nicht nur „in aktueller Geltung“, sondern sie leiden da überhaupt nicht an Kompetenzwidrigkeit. Auch nach der Kompetenzbegründung für den Bund kann konsequenterweise noch kompetenzmässiges kantonales Recht entstehen.

Die „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit steht unter einer auflösenden Bedingung. Nach dem Sinn der für den Bund „in Ausschlusslichkeit“ kompetenzbegründenden Verfassungsvorschriften müssen die einstweilen tolerierten kompetenzwidrigen Normen der Kantone dem kompetenzgemässen Bundesrecht weichen. Der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ ist nun auch in dem Sinne anwendbar, dass den auf Grund einer für den Bund nicht in Ausschlusslichkeit kompetenzbegründenden Verfassungsbestimmung¹⁶ entstandenen bundesrechtlichen Normen auch die auf Grund der gemeinsamen Zuständigkeit kompetenzgemässen kantonalen Gesetze weichen müssen. In diesem Falle geht somit mit dem derogierten kompetenzgemässen Recht, insoweit der Bund legiferiert, auch die kantonale Zuständigkeit unter. Die Inanspruchnahme der Bundeszuständigkeit löst also die virtuelle Kompetenzkonkurrenz auf.

Dass dem so ist, geht ebenfalls aus BV Art. 3 hervor.¹⁷ Das auf einer für den Bund kompetenzbegründenden Verfassungsbestimmung fussende Bundesrecht hat auf jeden Fall, unerheblich, ob es sich nun um eine „ausschliessliche“ oder „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit handle, Vorrang vor dem kantonalen Recht, da nach der Struktur eines Bundesstaates keine Gleichordnung im Sinne der Egalität der Geltungskraft der Rechtsnormen des Bundes und der Kantone bestehen kann.¹⁸

„Virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit von Bund und Kantonen besteht in der dargelegten Weise konkret immer dann, wenn durch eine für den Bund kompetenzbegründende Vorschrift die kantonale Zuständigkeit nicht ipso iure untergeht. Solche „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit besteht unbestreitbar dort, wo die BV dem Bunde nur die „Befugnis“ zur Gesetzgebung einräumt, d. h. es dem Bunde freistellt, ob und inwiefern er von dieser verfassungsrechtlichen Ermäch-

¹⁶ d. h. ohne korrele Vernichtungswirkung für die kantonale Zuständigkeit.

¹⁷ vgl. Burckhardt, Komm. Art. 3, S. 20/21.

¹⁸ vgl. diesbezügl. Bemerkungen weiter oben S. 77.

tigung Gebrauch machen will oder nicht. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Verfassungstext lautet: „Der Bund ist befugt . . .“.¹⁹

Darüber, dass eine „Befugnis“ keine imperative Bedeutung hat, dürfte kein Zweifel aufkommen können. Hingegen kann es Auslegungssache und damit zweifelhaft sein, ob auch anderen Ausdrücken in der BV eine gleiche Bedeutung beizulegen sei. Einen positiven Anhaltspunkt im affirmativen Sinne böte dafür BV 34, wo nach dem Terminus „Der Bund ist befugt . . .“ die Ausdrucksweise „Ebenso ist er berechtigt . . .“ nachfolgt.²⁰ M. E. ist in Bezug auf die Kompetenzfrage aus dem Umstande, dass der Ausdruck „berechtigt“ nach dem grammatikalischen Bindewort „ebenso“ auftritt, sinngemäss zu schliessen, dass es sich um ein Synonym für „Befugnis“ handelt, welches jedenfalls keine ausschliessliche Kompetenzbegründung für den Bund ex nunc in dem oben dargestellten Sinne involviert. Die terminologische Besonderheit könnte möglicherweise auch aus einem stilistischen Bedürfnis der Verfassungsredaktoren erklärt werden.²¹

Eine andere Frage ist es, ob auch Ausdrücke wie „Dem Bunde steht das Recht zu, . . .“,²² „Der Bund hat das Recht . . .“,²³ „Dem Bunde steht die Ausübung . . . zu“²⁴ der im Sinne der blossen Ermächtigung „virtuell konkurrierenden“ Zuständigkeit von Bund und Kantonen oder der ausschliesslichen Zuständigkeit des Bundes zuzuordnen sind. Jedenfalls besteht hier normativ eine Unklarheit, die nur durch Auslegung aus der Welt geschafft werden kann. Meist wird denn auch der weitere Wortlaut des Verfassungstextes erhellen, ob das dem Bunde hier zugesprochene „Recht“ im Sinne einer blossen Ermächtigung, d. h. als Begründung „virtuell konkurrierender“ Zuständigkeit, oder im Sinne der Begründung ausschliesslicher Zuständigkeit für den Bund zu verstehen ist.²⁵

¹⁹ BV 25, 34, 34 quater I 2. Halbsatz; 34 quinquies II und III; 64 bis; 64 II; 69; 65 bis.

²⁰ Freilich dürfte diese „Berechtigung“ auch dahingehend ausgelegt werden können, dass sie einen Vorbehalt gegen die Handels- und Gewerbefreiheit bedeute, die nicht mit der Kompetenzfrage verquickt werden dürfe. Ob dies zutrifft, ist hier nicht zu untersuchen.

²¹ Bekanntlich gilt im Allgemeinen in der Schulstilistik die — wenn auch gekünstelte, insbesondere aber für juristische Zwecke abträgliche — Regel aus falsch verstandener, d. h. rein formaler Ästhetik, dass nie zweimal hintereinander derselbe sprachliche Ausdruck zu verwenden sei.

²² BV 23 I, 70.

²³ BV 22.

²⁴ BV 38.

²⁵ Unter den erwähnten Beispielen begründen die „Rechte“ aus BV 38 eine ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes: das sog. Münzregal; BV 23 I begründet keine ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes für die Errichtung oder Unterstützung öffentlicher Werke.

b) Die Zuständigkeit zur Sterilisationsgesetzgebung

In diesem Zusammenhang ist nun abzuklären, inwiefern die BV dem Bunde die Ermächtigung zur Gesetzgebung auf dem Gebiete der öffentlichen Gesundheitspflege, insbesondere hinsichtlich der eugenischen Prophylaxe im Sinne der Sterilisation von Geisteskranken, erteilt. Und wenn eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Bundeszuständigkeit gefunden werden kann, ist festzustellen, ob diese Kompetenzbegründung der ausschliesslichen Zuständigkeit oder der gemeinsamen Zuständigkeit zuzuordnen ist. Daraus ergibt sich dann von selbst die rechtliche Situation für die Zuständigkeit der Kantone.

1. *Rechtliche Erwägungen:* Giacometti/Fleiner²⁶ gibt als für die Frage der Kompetenzmässigkeit wegleitenden Interpretationsgrundsatz an, „dass der Bund zur Regelung einer Materie nur dann befugt erscheint, wenn seine Zuständigkeit durch einen besonderen Artikel des ersten Abschnittes der Bundesverfassung begründet wird.“²⁷

Wenn auch ursprünglich und grundsätzlich die öffentliche Gesundheitspflege in den Zuständigkeitsbereich der kantonalen Gesetzgebung gehört, spricht doch gegenwärtig die Bundesverfassung durch zwei Artikel dem Bunde in gewissen Fällen die Berechtigung zu, auf diesem Gebiet zu legiferieren.²⁸ Diese Verfassungsbestimmungen sind durch die Volksabstimmung vom 11. 7. 1897 und 4. 5. 1913 angenommen worden. Auf Grund dieser beiden Artikel, zum Teil auch schon vor ihrer Aufnahme in die BV, wurden verschiedene Gesetze bzw. Verordnungen des Bundes erlassen, auf die hier nicht näher eingegangen werden muss.

Es handelt sich hier um BV 69: „Der Bund ist befugt, zur Bekämpfung übertragbarer oder stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren gesetzliche Bestimmungen zu treffen.“ Der Umstand, dass BV 69 von „Befugnis“ des Bundes spricht, deutet darauf hin, dass es sich hier nicht um eine ausschliessliche Kompetenzbegründung für den Bund handeln soll, sondern dass neben dem Bund auch die Kantone als zuständig zu betrachten sind, solange und insoweit die Materie nicht vom Bunde geregelt worden ist. Praktisch ist es auch nicht ausgeschlossen, dass die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone, nebeneinander bestehend, sich gegenseitig ergänzen. Auf diese Möglichkeit wird noch näher einzugehen sein. Der Bund darf demnach, wenn er es für tunlich und sachlich notwendig hält, Gesetze ausar-

²⁶ S. 72.

²⁷ vgl. Vorbehalte zu diesem Grundsatz S. 73/74.

²⁸ BV 69. BV 69 bis.

beiten und in Kraft treten lassen, die auf die Bekämpfung jener Krankheiten abzielen, die den drei genannten Kriterien entsprechen.

*Burckhardt*²⁹ vertritt allerdings eine andere Auffassung: „Obwohl sie in den Verhandlungen nicht erwähnt wurden, können auch Nerven- und Geisteskrankheiten unter den Begriff der stark verbreiteten oder der bösartigen Krankheiten fallen, sofern es möglich ist, Gesunde vor der Erkrankung zu schützen oder Erkrankte zu heilen. Dagegen sind m. E. körperliche und geistige Gebrechen, die nicht wie Kretinismus die Folge nachteiliger Einwirkungen auf den gesunden Organismus sind, nicht als Krankheiten i. S. des Art. 69 zu betrachten; die Sorge und Pflege und Heilung solcher Gebrechen ist Sache der Kantone; die Verhütung, die vorzugsweise auf dem Gebiete der Ehegesetzgebung liegen wird, gehört nicht in den Bereich des vorliegenden Artikels.“ Die Tatsache, dass *Burckhardt* in diesem Passus den Ausdruck „m. E.“ verwendet, lässt darauf schliessen, dass der Autor selber die Frage nicht als objektiv entschieden hielt, vielmehr dadurch zum Ausdruck bringen wollte, dass eine andere Ansicht über die Auslegung des Sinnes von BV 69 in guten Treuen vertreten werden könne. Weder aus dem Text der Verfassung noch aus dem Kommentar von *Burckhardt* lässt sich irgendein stichhaltiges Argument dafür finden, dass sich die Bekämpfung von Krankheiten nicht auch auf angeborene Übel zu beziehen habe. M. E. weist der im Verfassungstext ohne Einschränkung aufgenommene Ausdruck „übertragbare Krankheiten“ ausgesprochen darauf hin, dass erblich übertragbare Krankheiten auf Grund bundesrechtlicher Bestimmungen bekämpft werden dürfen.³⁰ Wenn dies zutrifft, ist auch nicht einzusehen, warum „die Sorge und Pflege und Heilung solcher Gebrechen“ ausschliesslich der kantonalen Zuständigkeit zuzusprechen sein soll. Die von *Burckhardt* des weiteren gemachte Einschränkung, dass die *Verhütung* solcher Krankheiten nicht in den Bereich von BV 69 gehört, kann m. E. nur den Sinn haben, dass es fraglich ist, ob die *Verhütung erbkranken Nachwuchses* subsumiert werden darf, nicht aber, ob die *Krankheitsverhütung* an sich kompetenzmässig ist. Die Bekämpfung von Krankheiten hat sich nicht umsonst in zunehmenden Masse von therapeutischen auf prophylaktische Massnahmen verschoben. Die einschränkende Auslegung von BV 69 durch *Burckhardt* scheint diesem medizinischen bzw. hygienischen Wandel der Verhältnisse zu wenig Beachtung zu schenken oder an ihm vorbeizugehen.

Es ist begrifflich festzuhalten, dass die „Bekämpfung“ von Krankheiten therapeutisch *und* prophylaktisch zu verstehen ist. Die Verhü-

²⁹ Komm. S. 614.

³⁰ vgl. darüber ausführlicher weiter unten S. 86 ff.

tungsmassnahmen gegen drohende oder mögliche Krankheiten gehören ebenfalls zur Krankheitsbekämpfung. Darüber herrschte sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat bei den Verhandlungen Einmütigkeit.³¹

2. Insbesondere die drei massgeblichen Krankheitskriterien gemäss BV 69:

Für den Entscheid, ob der Bund auf dem Gebiete der *eugenischen* Prophylaxe zur Gesetzgebung befugt ist, muss somit untersucht werden, ob die Geisteskrankheit an sich oder doch zum mindesten gewisse Erscheinungsformen und Grade von Geisteskrankheiten unter eines oder mehrere der in der Verfassung erwähnten Kriterien fallen können.³² Je nach dem Ergebnis dieser Untersuchung stände einer Bundesgesetzgebung auf diesem Felde verfassungsrechtlich nichts entgegen.

aa) die Übertragbarkeit einer Krankheit. Eine Krankheit ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch übertragbar, wenn sie dem Individuum auf irgendeine Weise von einem anderen Individuum mitgeteilt worden ist und wiederum unter Umständen von diesem an ein drittes weitergegeben werden kann. Übertragbarkeit ist somit ursächliche Vermittlungsfähigkeit, wobei diese mittelbar oder unmittelbar sein kann. „Übertragbar ist eine Krankheit nicht nur, wenn sie von Mensch zu Mensch, sondern auch wenn sie durch Zwischenträger übertragen werden kann“³³. Dadurch ist die Art und Weise des Übertragungsvorganges nicht bestimmt. Wenn eine Krankheit auf verschiedene Arten weitergegeben werden und ihre medizinisch-biologische Erscheinungsform dementsprechend verschieden sein kann, ist die Übertragbarkeit ein in dieser Beziehung mehrdeutiger Begriff, der der Präzisierung bedarf. Er umfasst:

- erbliche Übertragung³⁴;
- traumatische Übertragung³⁵;
- Ansteckung³⁶.

Wenn der Verfassungstext von „übertragbarer“ Krankheit spricht, wäre zu untersuchen, ob er damit alle Arten der Übertragung von Krankheiten umfassen will, vor allem aber, ob die Vererbung darin enthalten

³¹ Sten.Bull.

³² Übertragbarkeit, Bösartigkeit und starke Verbreitung einer Krankheit.

³³ Burckhardt, S. 613 unten.

³⁴ Vererbung = endogene Verursachung der Krankheit durch die Gene; „Anlagebedingung“.

³⁵ exogene Verursachung der Krankheit durch primäre Verletzung oder ähnliche äussere Einwirkung (z. B. Schädigung des Embryo).

³⁶ exogene Verursachung durch Krankheitserreger-Übertragung.

sein soll. Für das Anliegen unserer Untersuchung ist lediglich die erbliche Übertragung einer Krankheit von Bedeutung.

Dem allgemeinen Sprachsinn gemäss ist die Vererbung als Übertragung aufzufassen. Auch liegt es in der ratio legis des fraglichen Verfassungsartikels, dass die erbliche Übertragung miteinbezogen sein soll. Wenn die Krankheitsbekämpfung nicht nur therapeutisch, sondern der einhelligen Auffassung von Nationalrat und Ständerat gemäss auch prophylaktisch verstanden werden muss,³⁷ kann auch die erbliche Übertragung gemeint sein, weil Erbkrankheiten sich im allgemeinen jeder tiefer gehenden therapeutischen Einwirkung entziehen. Dabei muss unterschieden werden zwischen „reinen“ Erbkrankheiten und Erbkrankheiten, die auf Infektion beruhen.

„Infektiöse“ Erbkrankheiten können u. U. in den nachfolgenden Generationen verschwinden. „Reine“ Erbkrankheiten sind nach dem heutigen Stand der Wissenschaft unheilbar, nicht nur in der zu behandelnden Generation, sondern auch in der nachfolgenden Generationenkette, wenn sie auch bei günstiger Gen-Mischung mehr und mehr „überdeckt“ werden können. Als uneigentliche oder „unreine“ Vererbung gelten z. B. die syphilitischen Schädigungen der Erbmasse. Forrer³⁸ behauptet, dass Nachkommen von Syphilitikern in der dritten Generation keine Krankheitszeichen mehr aufwiesen.

Beträfe die ratio legis nur die enger gefasste Krankheitsbekämpfung, d. h. die Heilung einer manifesten Krankheit, müsste die Bekämpfung der erblichen Übertragung sich auf Hospitalisierung, Internierung und Pflege der Erbgeschädigten beschränken. Von eugenischer Prophylaxe könnte nicht die Rede sein, geschweige denn von gesetzlich sanktionierten Sterilisationsmassnahmen bei erblichen Geisteskranken. Da nun die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten auch die Verhütung betrifft, können zum mindesten Massnahmen, die die Verhütung von erblichen *Krankheiten* zum Ziele haben, Anspruch auf Verfassungsmässigkeit erheben.

Eine andere Frage ist nun, ob gestützt auf BV 69 auch Massnahmen, die die Verhütung *erbkranken Nachwuchses* bezwecken, verfassungsmässig sind. Mit dieser Fragestellung wird ein Kernproblem berührt. Die Feststellung nämlich, dass die Verhütung erblicher Krankheiten Inhalt gesetzlicher Massnahmen sein kann, die die persönliche Freiheit beschränken, lässt nicht a priori den Schluss zu, dass weitergehend auch die Verhütung erbkranken Nachwuchses inbegriffen ist;

³⁷ Burckhardt, S. 613, 615 oben.

³⁸ S. 127.

weitergehend deshalb, weil es ein anderes ist, ob nur die Krankheit an sich oder ob die ganze Existenz eines kranken Individuums verhindert werden soll.

Mit dieser Frage wird in der Tat das ewig problematische Gebiet der Auslegung gesetzlicher Normen betreten. Eine restriktive, sich streng an den Wortlaut klammernde Auslegung der BV müsste bei der blossen Krankheitsverhütung halt machen; sie müsste erklären, dass die Existenzverhinderung nicht mit Krankheitsverhütung identisch ist; sie müsste zum Schlusse kommen, dass demnach die negative Eugenik in der Form der Verhütung erbkranken Nachwuchses in den geltenden Verfassungsbestimmungen keine Grundlage finden kann. Die restriktive Verfassungsauslegung müsste in diesem Zusammenhang das Postulat der negativen Eugenik zuerst auf den dornenvollen Weg der Verfassungsänderung verweisen. Die sachliche Frage würde dadurch zu einem Brennpunkt der politischen Auseinandersetzung werden.

Die restriktive Auslegung hat zweifellos in rechtlicher Beziehung den Vorteil, dass sie rein formal einwandfrei ist und den Anforderungen der logischen Deduktion und Subsumtion entspricht. Die *restriktive* Auslegung bleibt aber unschöpferisch. Sie entspricht dem statischen Denken, das zwar wohl nach den Tatsachen an sich frägt, sich aber nicht um das ständige Wechselspiel der im sozialen Bereiche wirksamen Kräfte und um die sich mählich ändernden Verhältnisse kümmert. Die Problematik der restriktiven Auslegung liegt in ihrer Begrenztheit und formalen Rigidität.

Andererseits ist die *extensive* Auslegung der Gesetzesnorm im eigentlichen Sinne schöpferisch. Die Rechtsordnung wird hier nicht nur in ihrem gegenwärtigen, einmal gegebenen Zustande, sondern unter dem Gesichtspunkte des Gewordenen und Werdenen betrachtet. Das positive Recht wird als gegenwärtige Momentaufnahme von zurzeit gültigen Werten und Normen aufgefasst. Die extensive Auslegung entspricht dem dynamischen Denken und nimmt das positive Recht als eine lebendige Äusserung der Gesamtkultur. Damit sind freilich auch ihre Vor- und Nachteile gegeben: einerseits grössere Flexibilität, Anpassungsfähigkeit an die Einmaligkeit und Besonderheit des Einzelfalls, Lebensdigerhaltung des Rechtsgehaltes durch soziologisch sinngemässe Weiterbildung und Anpassung der Rechtsform, andererseits die Gefahr mangelnder Rechtssicherheit, vermehrte Möglichkeit willkürlicher Rechtsauslegung nach rechtsfremden Gesichtspunkten und Wertrelativismus. Die Problematik der extensiven Auslegung liegt in ihrer Tendenz zur Unbegrenztheit und Relativität.

Ausser im Strafrecht und den zwingenden Formvorschriften bleibt die Frage, ob eine Gesetzesnorm restriktiv oder extensiv auszu-
legen sei, zumeist, so auch hier, grundsätzlich ungelöst. *Giacometti/
Fleiner* ist der Ansicht, dass die extensive Auslegung insofern unstat-
thaft sei, als „diese nicht innerhalb der Verfassungsbestimmungen bleibt,
sondern . . . der Lückenergänzung dient“.³⁹

Formal-juristisch darf die Krankheitsverhütung nicht der Verhü-
tung kranker Existenz gleichgestellt werden. Die Analyse der Kriterien
zeigt zur Genüge, dass es sich nicht um eine Analogie handeln kann.
Andererseits besteht die Eigentümlichkeit der erblichen Krankheiten just
darin, dass sie von Grund auf und untrennbar mit der Existenz des
Krankheitsträgers verbunden sind. Die erblichen, übertragbaren Krank-
heiten sind konstitutionell in der Persönlichkeit „eingebaut“. Es ist
bereits darauf hingewiesen worden, dass eben, wenn überhaupt von
Verhütung erblicher Krankheiten die Rede sein soll, dies nur durch die
Verhinderung des Entstehens der kranken Erbträger selbst wirksam
geschehen kann. Die Alternative spitzt sich demnach daraufhin zu, dass
entweder gemäss extensiver Verfassungsauslegung die einschlägigen Be-
stimmungen der BV betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krank-
heiten sich auch auf die Verhütung erbkranken Nachwuchses erstrek-
ken müssen, oder das gemäss restriktiver Verfassungsauslegung auf die
Bekämpfung erblich übertragbarer Krankheiten überhaupt verzichtet
werden muss.

Die restriktive Interpretation müsste demnach logisch dazu führen,
dass eine Verfassungsbestimmung in einem bestimmten Bezüge ihren
Sinn und Zweck verfehlt. Dies kann freilich nicht Gesetzeswille sein.
Die restriktive Auslegung kann m. E. niemals soweit führen, dass die
Mangelhaftigkeit, welche dem Menschenwerk des gesetzlichen Wort-
lautes natürlicherweise anhaftet, die Bedeutungslosigkeit, ja die Ver-
hinderung der *ratio legis* bedingt. Dies wäre offensichtlich ein unsinniges
Resultat der Gesetzesauslegung, auch wenn sie den Adel logisch-formaler
Richtigkeit trüge.

Konsequenterweise wird die positivistische Auffassung der restrikt-
tiven Auslegungsart hier die Gesetzgebung solange als mangelhaft und
verfassungsrechtlich fragwürdig erachten, als nicht das diesbezügliche
Gesetz verhindert, beziehungsweise wieder beseitigt worden ist, oder
eine materielle Verfassungsänderung oder die endgültige Beurteilung des
zur Verfassungsgerichtsbarkeit zuständigen Organs vorliegt. Die exten-
sive Auslegung der Verfassungsbestimmungen wird die verfassungsrecht-

³⁹ S. 75; Analogieverbot.

liche Verankerung des fraglichen Gesetzes als gegeben erachten, weil die Verhinderung der Existenz der Erbkranken das einzige Mittel zur Bekämpfung der erblich übertragbaren Krankheiten darstellt; für sie muss der Sinn und Zweck der Verfassungsbestimmung im Vordergrunde stehen.

Neben dem behandelten methodologischen Problem der juristischen Auslegung taucht eine nicht minder wichtige Frage auf, die die tatsächlichen Voraussetzungen einer bestimmten Materie zur Gesetzgebung betrifft. Es geht um die Feststellung, wie es um die erbliche Übertragbarkeit von Geisteskrankheiten tatsächlich bestellt ist, in welchem Ausmass sie qualitativ und quantitativ übertragen werden. Gestützt auf die besagte Verfassungsbestimmung darf nur legiferiert werden, wenn die Übertragbarkeit eine naturwissenschaftliche Tatsache ist. Dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Die Beantwortung dieser „Vorfrage“ wird de lege ferenda auch von Bedeutung werden, wenn das zu setzende Recht sich nicht auf die Regelung der Sterilisation von Geisteskranken allgemein beschränken wird, sondern die Anwendung auf spezifische Geisteskrankheiten kasuistisch⁴⁰ normieren sollte. Die erblichen Geisteskrankheiten vererben sich einerseits nach den allgemeinen Vererbungsgesetzen, andererseits verhalten sich verschiedene Geisteskrankheiten aber verschieden in Bezug auf Dominanz bzw. Rezessivität, d. h. sie unterscheiden sich zwar nicht in der Tatsache der Anlagevererbung aber im Umfange ihres Manifestwerdens. Die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse darzustellen und zu überprüfen, kann allerdings nicht Aufgabe einer juristischen Arbeit sein. Heute steht jedenfalls schon fest, dass die meisten Geisteskrankheiten dem rezessiven Erbgang folgen (z. B. Epilepsie); der Veitstanz (Chorea) scheint sich dominant zu vererben.

bb) die starke Verbreitung einer Krankheit. Der Bund ist auch befugt, zur Bekämpfung von stark verbreiteten Krankheiten gesetzliche Bestimmungen zu erlassen. Dies geht aus der alternativen Fassung der drei im Verfassungstext angeführten Krankheitskriterien hervor.

Wiederum bleibt es der Auslegung überlassen, wie die starke Verbreitung zu verstehen ist. Die Problematik extensiver und restriktiver Auslegung tritt auch hier in Erscheinung; doch dürfte es sich nach dem bereits Gesagten erübrigen, nochmals darauf einzugehen. *Burckhardt*⁴¹ betont, dass es gleichgültig ist, ob die zu bekämpfenden Krankheiten ständig oder nur zeitweilig stark verbreitet sind. Auch

⁴⁰ vgl. deutsches Erbpfleugesetz S. 21/22 vorne.

⁴¹ S. 613 unten.

kann dem Begriff entnommen werden, dass es nicht darauf ankommt, ob die starke Verbreitung sich über ein eng begrenztes Gebiet, z. B. um einen akuten Krankheitsherd, oder über das ganze Landesgebiet oder einen grösseren Teil desselben in mehr oder weniger gleichmässigem Ausmass erstreckt. Die Begriffsdefinition wird durch die negative Abgrenzung verständlicher: Starke Verbreitung ist zweifellos gegeben, wenn eine Krankheit nicht sporadisch und nicht in relativ seltenen Fällen auftritt. Die Abgrenzung ist begrifflich deshalb nicht leicht, weil im juristischen Kriterium der starken Verbreitung eine nicht-juristische Ermessensfrage miteinbezogen ist.

Für unser Anliegen ist lediglich die Prüfung der konkreten Frage von Bedeutung, ob alle oder gewisse erbliche Geisteskrankheiten als stark verbreitet zu betrachten sind. Wenn dies zutrifft, wären Massnahmen zur Bekämpfung erblicher Geisteskrankheiten auf Grund dieses Kriteriums von BV 69 verfassungsmässig in Ordnung. Die zu beantwortende Frage muss demnach lauten: Wie steht es mit der tatsächlichen Verbreitung erblicher Geisteskrankheiten in der Schweiz? Dabei wird es von Vorteil sein, die heute üblicherweise unterschiedenen wichtigsten einzelnen Erscheinungsformen und -gruppen von Geisteskrankheiten gesondert zu betrachten:

- Oligophrenie,
- Schizophrenie,
- manisch-depressives Irresein,
- Epilepsie.

Gemäss dem 9. Jahresbericht der Schweiz. Vereinigung für Anormale⁴² sind in der Schweiz 2% der Gesamtbevölkerung von *Oligophrenie* betroffen. Vergleichsweise möchte *Grott*⁴³ für Deutschland 1% der Gesamtbevölkerung feststellen.

In Bezug auf die *Schizophrenie* schätzt *Bleuler*⁴⁴ die Zahl der Erkrankungen in der Gesamtbevölkerung auf 1%. *H. W. Maier*⁴⁵ hat festgestellt, dass in den schweizerischen Irrenanstalten 30% der Erstaufnahmen und 50% der Mehraufnahmen zu Lasten dieser Geisteskrankheit gehen. Aus diesen Angaben geht hervor, dass die Schizophrenie ein in unserem Lande stark verbreitetes Leiden ist.

Anders das *manisch-depressive Irresein*: Hier zeigen sich vermehrte Schwierigkeiten ziffernmässiger Erfassung, weil diese Kranken sehr wohl intellektuell und ethisch hochstehende Menschen mit grosser Lei-

⁴² S. 16.

⁴³ nach Tramer in „Verhütung“ S. 105.

⁴⁴ S. 328.

⁴⁵ in „Verhütung“ S. 119.

stungsfähigkeit sein können und nur in ganz schweren Fällen interessiert zu werden pflegen.

*Binswanger*⁴⁶ glaubt, dass diese Krankheit in der Schweiz nur eine „relativ geringe Rolle“ spiele.

Für die *Epilepsie* jedoch ist die starke Verbreitung erwiesen. In Deutschland werden die zur Behandlung kommenden Epileptiker auf ca. 2 Promille der Bevölkerung geschätzt, nach *Davensport* in den Vereinigten Staaten von Nordamerika auf 4 Promille. In der Schweiz haben *Isenschmidt* und *Sommer* an Hand des Materials des Eidgenössischen Statistischen Amtes festgestellt, dass in der Schweiz in den fünf Jahren von 1928—1932 die Diagnose Epilepsie von den die Todesursachen meldenden Ärzten in 5,1 Promille aller Todesfälle angegeben worden ist!⁴⁷

Vergleichsweise zu den Geisteskrankheiten werden die Psychopathien, welche in der psychiatrischen Terminologie als angeborene abnorme Charakter- und Temperamentsstrukturen bezeichnet werden, d. h. nichts mit intellektuellen Defekten gemeinsam haben müssen, mit 10% der Gesamtbevölkerung der Schweiz angegeben.⁴⁸

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in der Schweiz alle Geisteskrankheiten mit Ausnahme des manisch-depressiven Irreseins, stark verbreitet sind; ebenso die Psychopathien.

cc) *Die Bösartigkeit einer Krankheit.* Während das Kriterium der Übertragbarkeit einer Krankheit den Umstand betrifft, dass andere Personen durch sie biologisch in Mitleidenschaft gezogen werden können, und das Kriterium der starken Verbreitung einer Krankheit die allgemeinen Interessen einer „Population“ berührt, bezieht sich das Kriterium der Bösartigkeit einer Krankheit auf die Wirkungen der Krankheit für das Individuum selbst. Es muss somit untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen und bei welchen Folgen das subjektive Erleiden des betroffenen Individuums selber so schwer zu nennen ist, dass sich daraus die Bösartigkeit einer Krankheit ergibt. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, werden sich die Charakteristika der Bösartigkeit herauskristallisieren.

Da das Leben nicht nur rechtlich, sondern im allgemeinen tatsächlich „der Güter höchstes“ ist, muss angenommen werden, dass eine böartige Krankheit immer dann vorliegt, wenn ihr Verlauf mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit zum Verlust des Lebens führt. Auch

⁴⁶ in „Verhütung“ S. 133.

⁴⁷ in „Verhütung“ S. 137/8.

⁴⁸ vgl. diesbezüglich Dukor B. Nat. Ztg. Nr. 578, 13. 12. 1945, Vortrag vor dem Irrenhilfsverein Basel.

schon die Möglichkeit des letalen Ausgangs einer Krankheit dürfte demnach genügen. Wie steht es jedoch, wenn der tödliche Ausgang einer Krankheit nicht erwiesen oder nicht zu erwarten ist? Die Bösartigkeit kann nicht nur im Kriterium des möglichen Lebensverlustes gesehen werden; wäre das doch eine allzu engherzige Auffassung des Wesens der Krankheit für den sie erleidenden Menschen. Die Krankheit kann demnach auch bösartig sein, wenn nicht das nackte Leben auf dem Spiele steht. Sie ist auch dann bösartig, wenn sie zwar nicht tödlich ausgeht, dagegen den *Wert* des Lebens für das von der Krankheit betroffene Individuum in Frage stellt, so dass dasselbe es dauernd und ohne Hoffnung auf Besserung als blosser Last und als nicht mehr lebenswert *empfindet*. Auch unter diesen Voraussetzungen wird die Bösartigkeit tatsächlich als gegeben zu betrachten sein, kann es doch unter Umständen so weit kommen, dass für das die Krankheit erleidende Individuum der tödliche Ausgang nicht nur nichts Bösartiges mehr enthielte, sondern subjektiv geradezu als willkommene Erlösung begrüsst würde.⁴⁹ Für die objektive Beurteilung der Bösartigkeit einer Krankheit ist dieses subjektive Moment nicht befriedigend. Die Abgrenzung der Bösartigkeit wäre dem medizinischen oder gar dem persönlichen Ermessen des von der Krankheit Betroffenen selber überlassen. *Forrer*⁵⁰ macht mit Recht in anderem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass es bei Krankheitszuständen eine absolut vom „Objekt“ unabhängige juristische Erheblichkeit nicht gebe, sondern dass diese immer nur individualisiert im Einzelfall bestehe. Trotzdem wird das Charakteristikum der Bösartigkeit abgesehen vom tödlichen Ausgang in den praktischen und juristischen Auswirkungen der Krankheit gefunden werden müssen. Unter diesen Gesichtspunkten drängt sich der Versuch einer verwendbaren Definition auf.

Somit ist die Krankheit juristisch nicht nur aus dem Grunde eine bösartige, weil sie z. B. eine schmerzhaft ist, sondern weil sie das Individuum, z. B. durch übermässigen Schmerz, dauernd und für eine Besserung des Zustandes aussichtslos oder zeitweilig wiederkehrend und verhältnismässig lange an der tatsächlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit hindert und ihm die Möglichkeit der Ausübung seiner persönlichen Rechte nimmt. Nach dieser Definition der Bösartigkeit einer Krankheit wäre die Ermessensfrage in die juristische Wertung übernommen.

Sind nun die Geisteskrankheiten bösartige Krankheiten im vorstehenden Sinne? Die Beantwortung hängt ab vom Manifestationsgrad

⁴⁹ Diese Wertung liegt der Befürwortung der Euthanasie zu Grunde.

⁵⁰ S. 107.

des geistigen Defekts, welcher freilich sehr verschieden sein kann. Es muss deshalb eine Differenzierung stattfinden. Die üblicherweise medizinisch unterschiedenen Geisteskrankheiten mögen einzeln daraufhin geprüft werden, inwiefern auf sie das Kriterium der Bösartigkeit, wie es hier definiert worden ist, zutreffen kann.

Die *Oligophrenie* darf zum mindesten in ihren stärksten Graden als bösartig bezeichnet werden, da sie den Kranken selbst an den primitivsten Lebensverrichtungen hindert und der Oligophrene bei den schlimmsten Krankheitsgraden ohne umfassende Pflege rettungslos dem Verderben ausgesetzt wäre und somit von einer Ausübung der persönlichen Rechte nicht die Rede sein kann.⁵¹

Bei den schwächeren Graden der Oligophrenie ist das Kriterium nach der von uns versuchten Definition diskutabel. M. E. darf aber auch hier grundsätzlich von einer bösartigen Krankheit gesprochen werden, weil die Debilität jedes selbständige sinn- und zweckbezogene Denken ausschliesst und die von diesem schwächeren Grade der Oligophrenie Betroffenen ständiger Beaufsichtigung und Autorität bedürfen, somit von einer tatsächlichen Persönlichkeitsentfaltung nicht gesprochen werden kann.

Viel problematischer ist die *Schizophrenie*, die in gewissen Formen durch periodische Schübe auftritt und oft während langer Zwischenzeiten latent bleibt.⁵² M. E. ist sie mit Rücksicht auf den diese Geisteskrankheit erleidenden Menschen als bösartig zu bezeichnen, da sie ihn ebenfalls in erheblichem Masse an der Persönlichkeitsentfaltung und am Gebrauch seiner persönlichen Freiheitsrechte hemmt.⁵³

Aus denselben Gründen kann möglicherweise das *manisch-depressive Irresein* und die *Epilepsie* als bösartig bezeichnet werden. Die beiden Gruppen von Geisteskrankheiten sind aber deshalb problematischer, weil bei ihnen in Hinsicht auf ihre Leistungen ausgesprochen wertvolle Menschen auftreten.⁵⁴

3. *Politische Erwägungen*: Da juristisch sowohl die Kantone als auch der Bund zur Gesetzgebung befugt sind, und da sich, wie festgestellt, keine formellen Widersprüche zur Verfassung ergeben, muss nun

⁵¹ Die Oligophrenie wird heute in der Psychiatrie in drei Grade gestuft, die sich nach dem „Intelligenzalter“ des Kranken abgrenzen:

1. Idiotie (Intelligenzalter bis 5 Jahre).

2. Imbezillität (Intelligenzalter bis 11 Jahre).

3. Debilität (Ungenügen zur Absolvierung der Primarschule).

vergl. Bleuler, S. 420 ff. und Tramer in „Verhütung“ S. 101.

⁵² Remissionen.

⁵³ vgl. Bleuler, S. 290 ff.

⁵⁴ vgl. Bleuler, S. 276 ff. betr. Epilepsie; S. 333 ff. manisch-depressives Irresein.

entschieden werden, ob die konkurrierende Kompetenz zur Gesetzgebung vom Bunde, von den Kantonen oder von beiden gemeinsam in einem gut abgegrenzten Verhältnis ausgenützt werden soll.

Es geht dabei um einen politischen Entscheid. Nicht nur wird das Moment der sachlichen Zweckmässigkeit für die zu lösende Aufgabe zu Tage treten, sondern es werden auch, und je nach den Umständen sogar hauptsächlich, aprioristische, ethische und staatspolitische Auffassungen zum Vorschein kommen, die für die Gesetzgebung eine ganz ausschlaggebende Rolle spielen.

Vor allem sind es zwei konstitutive Momente der schweizerischen Politik, die nicht ausser Acht gelassen werden dürfen: das konfessionelle und das föderalistische. Dabei wird zu beachten sein, dass das föderalistische Moment in unserem Lande in nicht geringerem Masse die Grundauffassung von Leben und Staat berührt als das konfessionelle.

aa) *Das konfessionelle Moment.* Die Scheu vor einer gesetzlichen Regelung ist zum guten Teil dadurch erklärlich, dass sich die katholischen Gegenden der Schweiz, getreu dem dogmatisch ablehnenden Standpunkt ihrer Kirche, nicht mit dem Gedanken einer so tief in die Lebensvorgänge eingreifenden Massnahme einverstanden erklären können. Wenn auch in der durch die katholische Konfession beeinflussten Literatur die Frage verhältnismässig oft behandelt und in dialektischer Weise beleuchtet wird, ja gewisse Autoren sogar ihre private Meinung in Hinsicht auf die praktische Richtigkeit und Zweckmässigkeit der negativen Eugenik in positiver Weise äussern, errichtet der Vorbehalt des Dogmas doch eine unüberwindliche Schranke. Auch bleibt die private Meinung dieser Autoren auf die offizielle Haltung der Kirche selbstverständlich ohne Einfluss. So schreibt etwa *Krempel*:⁵⁵ „Was die Fortpflanzung betrifft: Sie ist dann ein Segen für die übrigen Gemeinschaften, wenn ein mit günstigen Erbanlagen versehenes Kind gut erzogen wird. Sonst kann sie zum Fluch werden. Keinen Heiligen möchten wir missen; aber von unzähligen öffentlichen und geheimen Verbrechern und Verführern wäre es für Kirche, Staat und Menschheit besser, sie hätten nie das Licht der Welt erblickt“, wobei er aber bezeichnenderweise beifügt: „(obwohl auch sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben)“. Die Verhinderung erbkranker Nachkommenschaft ist zwar nach katholischer Ansicht erwünscht,⁵⁶ aber nur „auf rechtmässige Weise“,⁵⁷ wozu der Sterilisationseingriff nicht zu zählen ist. Die offizielle, katholische Ansicht in dieser Frage stützt sich auf die Enzyklika „Casti con-

⁵⁵ S. 255, N. 488.

⁵⁶ Mayer, S. 101 ff.

⁵⁷ Krempel, N. 490.

nubii“ von Papst Pius XI.:⁵⁸ „... Was nun die Obrigkeit angeht, so hat sie über die körperlichen Organe ihrer Untertanen keine direkte Gewalt. Wo keine Schuld und damit keine Ursache für körperliche Bestrafung vorliegt, kann sie die Unversehrtheit des Leibes weder aus eugenischen noch aus irgendwelchen anderen Gründen direkt verletzen oder antasten. Das ist auch die Lehre des hl. Thomas von Aquin, der bei der Erörterung der Frage, ob der weltliche Richter zur Verhütung künftiger Schäden einem Menschen Übel zufügen könne, dies zwar für gewisse Sicherungsmassnahmen zugibt, es aber mit Fug und Recht für jede Art von Körperverletzung verneint. „Niemals“, so sagt er, „darf ein Schuldloser durch ein menschliches Gericht mit Körperstrafe belegt werden, die in Tötung oder Verstümmelung oder Züchtigung besteht. Der Einzelne aber hat über die Glieder seines Leibes kein anderes Verfügungsrecht, als dass er sie ihrem natürlichen Zweck entsprechend gebrauchen kann: er darf sie daher weder vernichten, noch verstümmeln‘. “.

Zum andern Teil mag die Zurückhaltung, die man bei der Schaffung von gesetzlichen Grundlagen übt, darauf beruhen, dass es, ganz abgesehen vom konfessionell-religiösen Dogma, ein grundsätzlich ethisches Problem ist, woran hier gerührt wird. Die Frage, ob überhaupt der Mensch befugt ist, in den Lauf der Natur selbstherrlich einzugreifen und kraft seines Geistes und seiner wissenschaftlichen Kenntnisse darüber zu entscheiden, welches Leben nun fortpflanzungswürdig sein soll und welches nicht, rührt an die Grundfesten der Weltanschauung. Und hier, wie bei allen Belangen ethischer Werturteile, lassen sich kaum Kompromisse schliessen, so dass auch der moderne, konfessionell neutrale Staat nicht leichthin, mit einem einfachen, demokratischen Mehrheitsbeschluss, über die konfessionell-ethische Überzeugung einer starken Minderheit hinweggehen kann. Die politische Weisheit hat in der Schweiz von jeher die extremen Lösungen vermeiden lassen, durch die eine Minderheit sich in ihren vitalen und geistigen Interessen hätte vergewaltigt fühlen müssen. Deshalb wird auch das Postulat der negativen Eugenik in der gesetzgeberischen Verwirklichung massvoll sein müssen und auf das konfessionelle Moment Rücksicht zu nehmen haben.

Das konfessionelle Moment spricht nicht nur für die Freiwilligkeit der Massnahme, sondern auch für kantonale Regelung, die höchstens ein Rahmengesetz des Bundes zulässt.

bb) Das föderalistische Moment. Gemeinhin wird das föderalistische Moment als *die* tragende Idee unseres Staatswesens aufgefasst.

⁵⁸ Rundschreiben Papst Pius XI. Ausgabe mit amtlichem deutschen Text. Freiburg im Breisgau 1931.

Sie verkörpert jene nach innen fruchtbar werdende, wahrhaft humanistische Beschränkung der Expansion der Individuen und Staatsglieder, welche die Gegensätze des politischen Lebens nicht nur erträglich, sondern geradezu förderlich werden lässt.

Sie entspricht der dialektischen Auffassung von der Wirksamkeit der politischen und kulturellen Kräfte im Staatsleben und steht deshalb im engsten Zusammenhang mit dem bei uns vorwaltenden Glauben an die Begründetheit und relative Idealität der Demokratie.

Die demokratische Staatsidee der schweizerischen Eidgenossenschaft ist in ihrer historischen Entstehung und Entwicklung ohne den integrierenden Bestandteil des föderalistischen Moments schlechthin undenkbar. Dennoch wird das schweizerische Staatswesen heute nicht nur aus historischen und traditionellen Gründen von der föderalistischen Staatsauffassung getragen, sondern die Richtigkeit und Zweckmässigkeit dieser Struktur drängt sich auch aus den gegenwärtigen Verhältnissen zwingend auf.

Der föderalistische Staatsaufbau schafft in einem in Bezug auf seine Bevölkerungs- und Kulturteile heterogenen Staatswesen die beste Gewähr für eine friedliche Auseinandersetzung, weil er auf dem Boden verständnisbereiter gegenseitiger Offenheit und Toleranz stehen muss. Die kulturelle Verschiedenartigkeit wird nicht als politisch störendes Faktum, sondern als geistiger Reichtum empfunden, aus dem die höchsten sittlichen Werte des Menschseins fliessen: die unbedingte Achtung und die Anerkennung des Selbstwertes der Andersartigkeit. Nur auf dieser Grundlage konnte und kann die ethnologische und geographische Verschiedenartigkeit innerhalb des Staatswesens, ganz im Gegensatz zur historischen Erfahrungsregel anderswo, aufbauend, bindend und bereichernd wirken. Im Föderalismus liegt eine hohe geistige Mission.

Praktisch sind im schweizerischen Bundesstaat im allgemeinen die kulturellen, sozialen und polizeilichen Aufgabenbereiche den Kantonen zugewiesen.

Wenn das föderalistische Moment beachtlich sein soll, spräche dieses, wie das konfessionelle, ganz eindeutig für die kantonale Regelung unserer Frage. M. E. darf schon aus diesem Grunde die Frage der Kompetenzzuweisung nicht ohne Einschränkungen zugunsten des Bundes gelöst werden. Der Gebrauch der kantonalen Gesetzgebungskompetenz wäre m. E. grundsätzlich vorzuziehen. Der Bund sollte höchstens an die Ausarbeitung eines Rahmen- oder Mustergesetzes gehen, wobei der Entscheid der Frage, ob das Gesetz in Kraft treten solle, oder einzelne

Bestimmungen für den betreffenden Kanton abzuändern oder auszu-schliessen seien, jedem einzelnen Kanton für sich anheim gestellt bliebe.

cc) *Das Moment der Zweckmässigkeit.* Wie oben bereits mehrfach angedeutet worden ist, lassen sich theoretisch ganz verschiedene gesetzgeberische Lösungen denken: Einerseits könnte der Bund, gestützt auf die ihm in der Bundesverfassung zugesprochene Kompetenz, die Gesetzgebung in der fraglichen Materie allein an die Hand nehmen, anderseits könnte die gesetzgeberische Aufgabe ganz den Kantonen überlassen bleiben. Der Umstand der hier rechtlich möglichen Zuständigkeitskonkurrenz kann auch praktisch-politisch zu einer Mittellösung führen, gemäss welcher die legislativen Gewalten des Zentralstaats und der Gliedstaaten sich in die Lösung der gesetzgeberischen Aufgabe teilen. Aus diesen Gesichtspunkten dürfte sich eine systematische Gliederung der möglichen Lösungen ergeben.

Wird der Bund die Gesetzgebungskompetenz gemäss BV 69 allein für sich in Anspruch nehmen, so fällt der Entscheid eo ipso für eine allgemeinverbindliche Regelung, die entweder den gesamten Fragenkomplex des Postulats der negativen Eugenik lösen will oder sich auf das Grundsätzliche beschränken kann. Konsequenterweise wird der Bundesgesetzgeber wohl in beiden Fällen gezwungen sein, dem eugenischen Gesichtspunkt auch in der Strafrechtsordnung Eingang zu verschaffen. Es drängt sich auf, die Gesundheit der zukünftigen Generation, und nicht nur das Leben, als schützenswertes Rechtsgut anzuerkennen und neben der medizinischen auch die eugenische Judikation der Abtreibung grundsätzlich zuzulassen. Es wäre an und für sich eugenisch zweckmässig, die Sterilisation von Geisteskranken durch zwingendes Bundesrecht zu regeln, weil nur bei vollständiger Erfassung der Geisteskrankheiten der zahlenmässige Erfolg auf die Dauer wirklich ins Gewicht fällt. Der zwingenden Bundesregelung stehen allerdings andere gewichtige Gründe entgegen.

Durch die Allgemeinverbindlichkeit der Bundesregelung würde das psychologisch und politisch beachtenswerte konfessionelle und föderalistische Moment aber übergangen. Wohl kämen anlässlich der Gesetzesberatungen solche Stimmen zu Worte. Aber die Allgemeinverbindlichkeit könnte auch jene von einer „zwingenden“ Gesetzgebung zurückschrecken lassen, die im allgemeinen dem gemässigten Postulat der negativen Eugenik gegenüber eine durchaus positive Stellung einnehmen. Durch diese nicht in der eigentlichen Absicht liegende Nebenwirkung⁵⁹ könnte auch die im Bereich des politisch Möglichen liegende ge-

⁵⁹ vgl. Schindler, S. 66 ff.

setzgeberische Erfüllung des Postulats der negativen Eugenik gefährdet werden, weshalb m. E. von einer allgemeinverbindlichen Bundesregelung schon aus diesem Opportunitätsgrunde allein abgesehen werden sollte.

Anders bei einer dispositiven Bundesregelung. Hier würde auf die umfassendere Wirksamkeit des zwingenden Gesetzescharakters verzichtet. Die Geltung des Gesetzes wäre ganz oder teilweise ins Belieben der Kantone gestellt. Der Vorteil dieser Regelung läge darin, dass sich die eidgenössischen Räte mit den gesetzgeberischen Angelegenheiten in den Beratungen, Kommissionen und Abstimmungen beschäftigen müssten und auf diese Weise für das eugenische Gedankengut ein unmittelbares Eindringen in die allgemeine Gesetzgebung bewirkt werden könnte. Nicht unwichtig ist zu diesem Zwecke die „Bewegung der Gemüter“ an massgeblichem Orte.⁶⁰ In diesem Sinne wäre eine kantonale „Derogation“ unterworfenen Bundesgesetzgebung denkbar, die erst in Kraft tritt, wenn und soweit sie nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von den Kantonen für ihren territorialen Bereich ausdrücklich ausgeschlossen worden wäre. Das in dieser Ausgestaltung⁶¹ einer „suspensiv bedingt zwingenden“ Gesetzgebung vorgesehene „Ausschlussrecht“ der Kantone wäre dazu angetan, die Vorteile der bundesrechtlichen Gesetzgebung mit den Vorteilen der vermehrten Berücksichtigung des konfessionellen und föderalistischen Moments zu verbinden.

Weniger fremdartig und für unsere schweizerischen Verhältnisse weniger neu wäre eine dispositive Bundesregelung in der Art eines „Mustergesetzes“, dessen vollständiges oder abgeändertes Inkrafttreten ganz oder teilweise ins Belieben⁶² der kantonalen Organe gestellt wäre. Diese gesetzgeberische Lösung verbände die oben dargestellten Vorteile der Bundesregelung mit dem beachtlichen Vorzug, dass dadurch die Kantone nicht unbedingt zu einer für sie unter Umständen politisch unbequemen Stellungnahme gezwungen wären.

Giacometti/Fleiner betrachtet die Gesetzesdelegation an die Kantone sowohl in der Form des Vorbehalts als auch der Ermächtigung als verfassungsmässig, „auch wenn dadurch eine Verschiebung der verfassungsmässigen Kompetenzgrenzen zwischen Bund und Kantonen auf dem Wege der einfachen Bundesgesetzgebung erfolgt“.⁶³

⁶⁰ Die Ansichten darüber, ob es zweckmässig und richtig wäre, den ganzen Fragenkomplex vor der politischen Öffentlichkeit aufzuwerfen, gehen allerdings auseinander.

⁶¹ vgl. *Fleiner/Giacometti*, S. 121/122.

⁶² vgl. Normalarbeitsverträge des OR, Arbeitsrecht.

⁶³ S. 123.

Letzten Endes bleibt die Möglichkeit kantonaler Gesetzgebung. Solange der Bund, gestützt auf BV 69, das fragliche Gebiet nicht gesetzgeberisch für sich in Anspruch nimmt, ist es den Kantonen anheimgestellt, ihrerseits zu legiferieren, und dies mit umso grösserer Berechtigung, als die öffentliche Gesundheitspflege ja, wie bereits festgehalten wurde, eigentlich und ursprünglich in die kantonale Gesetzgebungskompetenz gehörte.

Bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat freilich nur der Kanton Waadt ein formelles Gesetz erlassen und damit von dieser zugleich ursprünglichen und subsidiären Kompetenz Gebrauch gemacht.

III. Die materielle Verfassungsmässigkeit

Eine Gesetzgebung, die durch eine Zwangsregelung in die verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechte eingreift, muss auf einem Vorbehalt in der Verfassung ruhen. Die materielle Verfassungsmässigkeit wird demnach durch das Vorhandensein oder Fehlen eines solchen Vorbehaltes bestimmt.

a) Die Ideologie der „individuellen Freiheitsrechte“

Die ideelle Genese der persönlichen Freiheit als Grundrecht im philosophischen Sinne ist nur aus einem Weltbild heraus verständlich, in welchem eine letzten Endes optimistische und idealistische Auffassung des Menschen und seiner Daseinsbestimmung tragend ist. Diese meta-juristische Konzeption einer möglicherweise nur durch die Inbeziehungsetzung zur Transzendenz begründbaren, jedenfalls ausschliesslich wert-rationalen Menschenwürde steht in wesentlicher Übereinstimmung mit dem individual-ethischen Postulat des Christentums, insbesondere protestantischer Prägung, und mit dem Gedankengut des Humanismus. Die „individuellen Freiheitsrechte“ sind ihrem naturrechtlichen Gehalt gemäss angeboren, unverlierbar und unverzichtbar.⁶⁴

⁶⁴ vgl. den dichterischen Ausdruck dieses philosophischen Gedankens bei Schillers „Wilhelm Tell“, zweiter Aufzug, zweiter Szene:

„Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last — greift er
Hinauf getrost den Mutes in den Himmel
Und holt herunter *seine ew'gen Rechte*,
Die droben hangen unveräusserlich
Und unzerbrechlich, wie die Sterne selbst —
Der alte *Urstand der Natur* kehrt wieder,
Wo Mensch dem Menschen gegenübersteht —“

Die verfassungsmässige Anerkennung der Menschenrechte ist der positive Niederschlag dieses naturrechtlichen Ideengehalts in den Rechtsordnungen unseres Rechtskreises. Selbst im übernationalen Recht hat diese ideologische Auffassung des Menschen und seiner unveräusserlichen Freiheitsrechte heute insofern Eingang gefunden, als die Präambel der Charta von San Franzisko, im Gegensatz etwa zum Völkerbunds-pakt, ausdrücklich den „Glauben an die menschlichen Grundrechte, die Würde und den Wert der Person des Menschen“ bekräftigt.

b) Der normative Begriff der Freiheitsrechte im schweizerischen
Verfassungsrecht

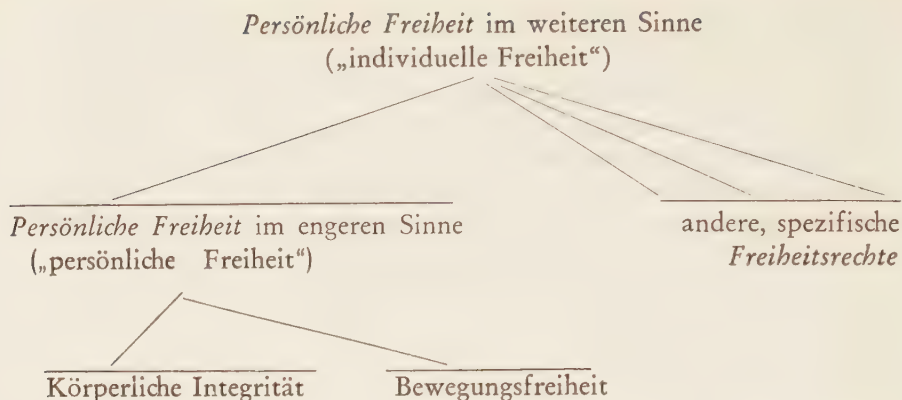
Die individuelle Freiheit hat im Verfassungsrecht, abgesehen von ihrer ideologisch-deklaratorischen, eine bestimmte normative Bedeutung, die je nach dem zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der Verfassungen verschieden sein kann. Historisch überwog im Staatsrecht der Begriff „Freiheiten“ lange den einer allgemeinen Freiheit,⁶⁵ so dass beispielsweise das Amendment IX zur amerikanischen Bundesverfassung von 1878 noch ausdrücklich festzustellen hatte: „Die Aufzählung gewisser Rechte in der Verfassung soll nicht so ausgelegt werden, dass dadurch andere dem Volke vorbehaltene Rechte verweigert oder geschmälert werden.“ Aus der ausdrücklichen Aufzählung nur gewisser, d. h. spezifischer Freiheitsrechte muss gemäss dem Sinn des Amendments in den Vereinigten Staaten auf die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit im Allgemeinen, d. h. als Oberbegriff für die einzelnen, ausdrücklich garantierten Freiheiten geschlossen werden.

In der Folge wird demnach festzustellen sein, wie die „persönliche“ bzw. „individuelle“ Freiheit im schweizerischen Verfassungsrecht normativ bestimmt ist.

Es ist zu unterscheiden zwischen der persönlichen Freiheit im weiteren Sinne, welche als „individuelle Freiheit“ zu bezeichnen ist und den spezifischen Freiheitsrechten als Oberbegriff dient,⁶⁶ und der persönlichen Freiheit im engeren Sinne, welche als spezifisches, d. h. näher determiniertes Freiheitsrecht den andern spezifischen Freiheitsrechten gleichgeordnet ist. In schematischer Darstellung zeigt sich demnach folgendes:

⁶⁵ Huizinga, S. 193.

⁶⁶ vgl. weiter oben.



Die terminologische Differenzierung liegt im Interesse gedanklicher Klarheit und juristischer Eindeutigkeit.

Nach der vorstehenden, allgemeinen begrifflichen Abgrenzung sind nun, der Eigenart des Bundesstaates gemäss, die verfassungsmässigen Garantien in Kantonen und Bund getrennt zu prüfen und einander gegenüberzustellen.⁶⁷

1. *in den Kantonsverfassungen:* Alle Kantonsverfassungen mit Ausnahme derjenigen von Basel-Stadt und Tessin enthalten die ausdrückliche Garantie der persönlichen Freiheit i. e. S. in materieller Übereinstimmung.⁶⁸ Und zwar besteht der übereinstimmende Normgehalt darin, dass sowohl Schutz gewährt wird „gegen jede Gewaltanwendung von Staatsorganen am Körper des Einzelnen“ (Körperintegritätsgarantie) als auch Schutz der Bewegungsfreiheit des Körpers.⁶⁹

2. *in der Bundesverfassung:* Die Garantie der persönlichen Freiheit im weiteren Sinne, d. h. der „individuellen Freiheitsrechte“, kam in der Verfassung der Helvetik folgendermassen zum Ausdruck: „La liberté naturelle de l'homme est inaliénable; elle n'est restreinte que par la liberté d'autrui et des vues légalement constatées d'un avantage général nécessaire.“⁷⁰

⁶⁷ vgl. die umfassende Untersuchung von *Spoendlin*, dessen Ergebnisse hier zusammenfassend dargestellt sind.

⁶⁸ *Spoendlin*, S. 20, S. 36/37.

⁶⁹ *Spoendlin*, S. 38, möchte diesen Schutz eng begrenzt sehen, so dass, sobald ein technisches Hilfsmittel hinzutrete, die betreffende Tätigkeit nicht mehr unter die Garantie der persönlichen Freiheit bezogen werden könne.

⁷⁰ Art. 5.

In die Bundesverfassung von 1848 bzw. 1874 wurde aus unerfindlichen Gründen die Garantie nicht aufgenommen, so dass heute die persönliche Freiheit im weiteren Sinne im Bunde nicht ausdrücklich gewährleistet ist.

Eine ausdrückliche Garantie der persönlichen Freiheit im engeren Sinne fehlt ebenfalls. *Spoendlin* nimmt die Existenz ungeschriebener Verfassungsnormen an, wie sie etwa nach gewissen Bundesgerichtsentscheiden zur Anwendung gelangen.⁷¹ Die Annahme ungeschriebener Verfassungsnormen wird vor allem durch die Überlegung gestützt, dass der durch den Katalog der spezifischen Freiheitsrechte gewährleistete Rechtsstaat unmöglich nur teilweise verwirklicht sein könne: „Wenn auch der Freiheitsrechtskatalog formal-juristisch betrachtet einen ganz beliebigen Umfang haben könnte, so kann er faktisch doch nur entweder grundsätzlich vollständig vorhanden sein, oder eben überhaupt nicht . . . Der Katalog in der Verfassung bedeutet ein Bekenntnis zu einer ganz bestimmten Staatsauffassung, die als solche nicht teilbar ist.“⁷² „Es ist daher anzunehmen, dass der liberale Gehalt der Bundesverfassung lückenlos ist, und dass jede Seite der Freiheit von ihr garantiert wird.“⁷³ *Daraus wird gefolgert, dass jede Freiheit durch die Verfassung garantiert sei.*⁷⁴

3. *Das Verhältnis der Verfassungsgarantien von Bund und Kantonen:* Wenn von der Bundesverfassung jede Freiheit garantiert ist, d. h. wenn angenommen werden darf, dass die persönliche Freiheit i. e. S. ausser in der Grosszahl der Kantonsverfassungen auch, wenn schon nur stillschweigend, in der Bundesverfassung gewährleistet wird, so stellt sich konsequenterweise das Problem des Verhältnisses der verfassungsmässigen Garantien von Bundesverfassung und Kantonsverfassungen.

Zwei Möglichkeiten sind in Betracht zu ziehen, ohne dass das Verhältnis der Bundesgarantie zur kantonalen Gewährleistung hier des näheren zu untersuchen wäre.

Einmal könnte angesichts der fehlenden Ausdrücklichkeit ihrer Normierung die Bundesgarantie der persönlichen Freiheit eine schwächere Wirkungskraft haben, als dies bei einer ausdrücklichen Bundesnorm der Fall wäre. Es wäre denkbar, dass die stillschweigende Garantie der persönlichen Freiheit lediglich in einem *Subsidiaritätsverhältnis*

⁷¹ BGE 45 I 133.

⁷² *Spoendlin*, S. 53.

⁷³ S. 60.

⁷⁴ S. 57.

zu den kantonalen Garantien steht. Dies hätte zur Folge, dass in jenen Kantonen, wo die persönliche Freiheit nicht verfassungsrechtlich gewährleistet ist, die stillschweigende Bundesgarantie ergänzend in Erscheinung tritt. Sollte die stillschweigende Bundesgarantie jedoch in Bezug auf ihre derogatorische Wirkung den ausdrücklich in der BV enthaltenen Bundesgarantien gleichgestellt sein, mit anderen Worten: sollte zwischen stillschweigenden und ausdrücklichen Normen der BV kein wesentlicher Unterschied bestehen, so müsste folgerichtig angenommen werden, dass die kantonalen Garantien überflüssige, d. h. bedeutungslose Verfassungsbestandteile sind. Die Anrufung der ausdrücklichen kantonalen Verfassungsgarantie wäre dann identisch mit der Anrufung der Bundesgarantie, d. h. durch die Anrufung der kantonalen Garantie würde eo ipso die Bundesgarantie in Anspruch genommen. Die Bundesgarantie der persönlichen Freiheit stände nach dieser Annahme in einem *derogierenden Verhältnis* zu den entsprechenden kantonalen Verfassungsbestimmungen.

Von Wichtigkeit für unsere konkrete Frage ist nun vor allem die Feststellung, dass *die persönliche Freiheit im engeren Sinne auf dem ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft verfassungsrechtlich gewährleistet* ist, ob im übrigen die juristisch-technische Frage des Verhältnisses der Verfassungsgarantien der sich überschneidenden Staatsgewalten im schweizerischen Bundesstaat so oder so gelöst wird.

c) Die Sterilisationsgesetzgebung und die persönliche Freiheit

Die Sterilisationsgesetzgebung wird unter der Voraussetzung, dass sie bloss eine im Interesse der Rechtssicherheit liegende Regelung des Verfahrens und der Kautelenordnung auf der Basis der Freiwilligkeit herbeiführt, verfassungsrechtlich keine Schwierigkeiten schaffen, weil die Garantie der persönlichen Freiheit durch ein lediglich erlaubendes Gesetz nicht beeinträchtigt wird. Die verfassungsrechtliche Problematik der Gesetzgebung auf diesem Gebiete besteht nur, wenn eine die Sterilisation betreffende Gesetzgebung irgendeine Art von öffentlich-rechtlichem und exekutorischem Zwang vorsähe.

1. BV Art. 69 als Vorbehalt gegenüber der persönlichen Freiheit:

Die Rechtsordnung und die rechtlichen Einbrüche in die persönliche Freiheit müssen in dem auf dem Boden der rechtlichen Norm stehenden Rechtsstaat der Verfassung, d. h. der wertenden positiven Grundnorm gemäss sein. Für die juristische Umgrenzung der persön-

lichen Freiheit können demnach nur jene Schranken in Betracht gezogen werden, die in der Verfassung selbst eine Grundlage finden. Werden durch ein nicht auf der Verfassungsstufe stehendes Gesetz unter neuartigen und vom Verfassungsgesetzgeber abgelehnten Gesichtspunkten die Freiheitsrechte wesentlich beschnitten, so handelt es sich um eine eindeutige Verfassungswidrigkeit, die nur durch eine nachfolgende Änderung der Verfassung wenigstens ex nunc geheilt werden kann.

BV Art. 69 ist eine kompetenzbegründende Bestimmung, welche, wie dargelegt worden ist, eine „virtuell konkurrierende“ Zuständigkeit für Bund und Kantone schafft.

Ist aber die Kompetenzbegründung identisch mit dem verfassungsmässig gerechtfertigten Einbruch in die persönliche Freiheit auf dem durch die kompetenzbegründende Norm beschlagenen Gebiete? Und wenn ja, wie weit können die persönliche Freiheit einschränkende Bestimmungen, die auf dieser Kompetenzbegründung fussen, gehen, ohne materielle Verfassungswidrigkeit gewärtigen zu müssen? Inwiefern bedeutet Art. 69 BV ausser einer Kompetenzbegründung für den Bund auch einen Vorbehalt gegenüber der Garantie der persönlichen Freiheit?

Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass die Kompetenzzuweisung auch einen Vorbehalt gegen die persönliche Freiheit darstellt.

Giacometti/Fleiner stellt in Bezug auf die Kompetenznormen in der Verfassung fest, dass ein wichtiges Interpretationsverfahren im Schlusse vom Zweck auf die Mittel im Sinne der *logischen Konsequenz* gefunden werden könne: „Die Bundesverfassung muss eben, wenn sie dem Bunde eine ausdrückliche Zuständigkeit einräumt, ihm vernünftigerweise auch alle Mittel zubilligen, die zur zweckentsprechenden und wirksamen Ausübung dieser ausdrücklichen Kompetenz erforderlich sind.“⁷⁵

M. E. ist dieses logisch überzeugende Interpretationsverfahren auch bei der Frage nach der materiellen Verfassungsmässigkeit anwendbar, da aus der Tatsache der verfassungsmässigen Kompetenzzuweisung folgerichtig auch auf die Verfassungsmässigkeit der für die Erreichung des in der Kompetenzzuweisung enthaltenen Zweckes erforderlichen Mittel geschlossen werden muss. Die Grenze der materiellen Verfassungsmässigkeit einer die Garantie der persönlichen Freiheit tangierenden Gesetzgebung liegt indessen ganz klar zu Tage: eine derartige Gesetzgebung muss durch die Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung, d. h. durch die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Ruhe und öffentliche Sittlichkeit begründet sein.

⁷⁵ S. 77.

So werden die gesetzlichen bzw. polizeilichen Beschränkungen der verfassungsmässig garantierten persönlichen Freiheit im eigentlichen Aufgabenbereich der öffentlichen Gesundheitspflege nicht verfassungswidrig sein können: Der mit einer ansteckenden Krankheit Behaftete wird in seiner Bewegungsfreiheit und seinem gesellschaftlichen Verkehr im Interesse der öffentlichen Sicherheit eingeschränkt werden müssen; und der Handeltreibende wird in seinem ökonomischen Streben, ein Marktbedürfnis zu befriedigen, behindert werden müssen, wenn er gesundheitsschädliche Produkte vertreibt, ohne dass solche im öffentlichen Interesse liegenden Beschränkungen der persönlichen Freiheit verfassungswidrig wären.⁷⁶

Nachdem BV 69 in seinem Wortlaut dem Bunde die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf dem Gebiete der „Bekämpfung von übertragbaren oder stark verbreiteten oder bösartigen Krankheiten“ zugesprochen hat, kann darüber kein Zweifel bestehen, dass der Bund, wenn er in dieser Zwecksetzung zur Gesetzgebung kompetent ist, auch die im Interesse des öffentlichen Wohls liegende Beschränkung der persönlichen Freiheit auf diesem Gebiete verfassungsmässig vornimmt. Es ist aber hier nicht möglich, dass mit der Kompetenzzerteilung die Frage der Zulässigkeit der Beschränkung der persönlichen Freiheit noch nicht oder gar negativ gelöst wäre. Die Krankheitsbekämpfung besteht in ihren rechtlichen Konsequenzen zumeist aus Einbrüchen in die persönlichen Freiheitsrechte.

Auf Grund logisch-konsequenter Auslegung von BV Art. 69 steht die öffentliche Gesundheitspflege auf dem Boden der Verfassungsmässigkeit, wenn sie *im Interesse der öffentlichen Ordnung* in die verfassungsmässig garantierte persönliche Freiheit eingreift. Die gesetzliche bzw. polizeiliche Beschränkung der persönlichen Freiheit muss aber in jedem Fall eine absolute Notwendigkeit in dem Sinne darstellen, dass ohne diese Einschränkung das gesellschaftliche Leben in entscheidender Weise gestört, d. h. die Allgemeinheit in nicht anders abwendbare vitale Gefahr gebracht würde. Darin ist auch die Verfassungsmässigkeit aller derzeit bestehenden medizinischen Zwangsvorschriften verwurzelt.⁷⁷

2. Die Sterilisation und die Frage der Verfassungsmässigkeit des Zwanges

Die rechtsstaatlichen Grundsätze bedingen, dass der Gesichtspunkt der Opportunität normalerweise nicht die Legalität ersetzen kann. Die medizinische bzw. bevölkerungspolitische Opportunität der Zwangs-

⁷⁶ vgl. auch Meier W., S. 28; Spöndlin, S. 67.

⁷⁷ z. B. Impfwang, vgl. Meier W., S. 28 und S. 40.

sterilisation⁷⁸ kann demnach unter ordentlichen Verhältnissen nicht die Legalität von Zwangsmassnahmen dieser Art herbeiführen. Nachdem aber feststeht, dass einer gesetzlichen bzw. polizeilichen Beschränkung der persönlichen Freiheit auf Grund von BV Art. 69 im Interesse der öffentlichen Ordnung nichts entgegensteht, ist zu prüfen, inwiefern dies auch für die Sterilisationsgesetzgebung zutreffen kann. Dies ist der Ausgangspunkt für die Lösung der konkreten Frage.

Wenn die Zwangsmassnahme der eugenischen Sterilisation keine im Interesse der öffentlichen Ordnung liegende absolute Notwendigkeit darstellt, mit anderen Worten, wenn kein sozialmedizinischer, nicht anders behebbarer *Notstand* in Hinsicht auf die Zunahme der Geisteskrankheiten und ihre erbmässige Verbreitung vorliegt, ist eine Zwangsgesetzgebung nach dem heutigen Wortlaut der BV nicht verfassungsgemäss. So schreibt *Spoendlin*,⁷⁹ allerdings unter der irrtümlichen Annahme, dass es sich bei der waadtländischen Sterilisationsgesetzgebung um eine Zwangsregelung handle: „Die Frage der Verfassungsmässigkeit . . . entscheidet sich danach, ob eine Gefährdung des öffentlichen Wohls durch erbkranken Nachwuchs tatsächlich gegeben ist, ob sich der Zweck mit diesem Mittel überhaupt erreichen lässt, und ob es nicht andere Wege, unter Umgehung des körperlichen Eingriffs, zum selben Ziele gibt.“

Alles hängt demnach von der Tatsächlichkeit der Notstandsbedingung ab. Nach der übereinstimmenden Auffassung aller juristischen Autoren der Schweiz kann trotz der „starken Verbreitung“ der Geisteskrankheiten im Sinne der kriteriengemässen⁸⁰ Auslegung von BV 69 von einem eigentlichen Notstand nicht die Rede sein. Auch wenn eine numerische Zunahme der manifesten Geisteskrankheiten festzustellen sein sollte, könnte diese quantitative Voraussetzung erst dann ernstlich genug sein, um im Sinne der Dringlichkeit der Vorsorge für das öffentliche Wohl einen effektiven Notstand zu begründen, wenn der Staat ohne diese Massnahmen funktionell in seiner Existenz in Frage gestellt bzw. die Gesellschaft vital in ihrem Bestand gefährdet würde. Da dies nicht der Fall ist, *kann ein staatlicher, exekutorischer Eingriff in die persönliche Freiheit auf diesem Gebiete ohne entsprechende Verfassungsänderung bzw. ohne ausdrückliche Vorbehaltsbegründung gegenüber der verfassungsmässigen Garantie der persönlichen Freiheit vom Standpunkte der rechtsstaatlichen Ausbildung unserer Staatsorganisation*

⁷⁸ Meier W., S. 90, Anm. 47; vgl. aber Bemerkung S. 15 dieser Arbeit.

⁷⁹ S. 82.

⁸⁰ vgl. S. 86 ff.

aus überhaupt nicht in Erwägung gezogen werden. Der Notstandsbegriff kann staatsrechtlich keine weitere Auslegung erfahren, als dies im Strafrecht der Fall ist.⁸¹

Zwangsmassnahmen könnten nur nach einer Änderung der Bundesverfassung in Frage kommen. Angesichts der individualistischen Lebensauffassung ist die Tragbarkeit oder Erfolgsaussicht einer solchen Verfassungsänderung, unter dem Gesichtspunkte politischer Spekulation betrachtet, zum vornherein unwahrscheinlich. Abgesehen davon aber würde auch nach der verfassungsmässigen Verankerung einer solchen Zwangsregelung dieselbe dem Geist und System der gegenwärtigen Rechtsordnung auf das Entschiedenste widersprechen.

Eine andere Frage ist aber, inwiefern anderweitig gewissermassen ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden darf bzw. soll. Diese Fragestellung steht jenseits der engeren Domäne unserer hier vorzunehmenden Untersuchung. Es sei nur soviel gesagt, dass der Zwang neben seiner *exekutorischen Form* auch eine feinere, aber faktisch unter Umständen nicht minder wirksame *psychologische Form* annehmen kann, wenn sich ein Druck auf die Zustimmung des Sterilisanden bzw. seines gesetzlichen Vertreters irgendwo in diesem Sinne geltend macht.⁸² Dies ist nach der gegenwärtigen Lage der Dinge insbesondere etwa der Fall, wenn gemäss Interpretation von ZGB 97 II aus der eugenischen *ratio legis*,⁸³ ein geisteskranker Nupturient durch die Verwaltungsorgane vor die Alternative gestellt wird, entweder sich „freiwillig“ sterilisieren zu lassen, oder auf die Eingehung der Ehe, welche ebenfalls ein verfassungsmässig garantiertes Individualrecht darstellt, verzichten zu müssen.

§ 11 Gesetzgeberische Gestaltungsfragen

1. Zwang oder Freiwilligkeit

Ob die Sterilisation von Geisteskranken zwangsweise oder nur auf Grund freiwilliger Zustimmung durchzuführen ist, hat der Gesetzgeber grundsätzlich zu entscheiden. Es tritt freilich in der Literatur etwa die Ansicht auf, eine gesetzliche Regelung der Frage sei überhaupt erst vonnöten, wenn ein Zwang ausgeübt werden soll, da es sich bei der freiwilligen Sterilisation um ein ausschliesslich privatrechtliches Ver-

⁸¹ vgl. strafrechtlicher Notstandsbegriff StrGB 34.

⁸² darüber vgl. S. 111 unten.

⁸³ vgl. S. 30.

hältnis handle, welches in keiner Weise als Staatsakt gewertet werden dürfe. M. E. hängt dies ganz von der Begriffsabgrenzung der Freiwilligkeit ab; denn etwas anderes ist es, ob man unter Freiwilligkeit die von jeder staatlichen Einwirkung unabhängige Zustimmung oder aber darunter auch einen durch den Staat oder seine Organe irgendwie beeinflussten Entscheid verstehen will.¹

a) Das Zwangsprinzip

Die eugenische Wirksamkeit kann im Grossen nur von der Zwangs-Sterilisation gewährleistet werden; denn nur, wenn bei jedem manifesten Auftritt einer hereditären Geisteskrankheit der Krankheits-träger von der Weitergabe seiner krankhaften Gene abgehalten wird, kann überhaupt in einer längeren Zeitspanne Aussicht auf eine zahlenmässige Verminderung der Geisteskrankheiten bestehen. Von diesem Gesichtspunkt haben sich verschiedene Gesetzgeber leiten lassen, als sie die Zwangssterilisation für Geisteskranke vorsahen.²

Aber die praktische Durchführung des Zwangs ist für einen von der Heiligkeit des Lebens und der Würde der menschlichen Person überzeugten Menschen anstössig. Auch wenn gewisse rechtliche Kaute-len in der Lage wären, vor einem willkürlichen Missbrauch der Zwangsmassnahme einen vollständigen Schutz zu gewähren, auch dann noch ist das Bild eines sich der vorzunehmenden Massnahme widersetzen-den Sterilisanden, welcher unter Umständen sogar polizeilich abgeführt werden müsste, mehr als nur ästhetisch verletzend; es versetzt dem mühsam und im Laufe der abendländischen Geschichte unter grossen Opfern erworbenen ethischen Bewusstsein vom individuellen Selbstbestimmungsrecht und damit der Freiheitsidee an sich einen argen Stoss. Mit dem Zwang würde also ein ideelles Gut missachtet, dem unsere Rechtsordnung die grösste Wichtigkeit beimisst.

Zwar muss auch die freiheitlichste Rechtsordnung bisweilen zu Zwangsmassnahmen greifen, die dem postulierten Selbstbestimmungsrecht Abbruch tun, weil ein besonderer oder der allgemeine Staatszweck dies erheischt. Immer wieder ist der Staat gezwungen, um bestimmte staatliche Ziele erreichen zu können, in die persönliche Interessensphäre des einzelnen Bürgers einzugreifen, so auch in Leben und Gesundheit.³ Die Tatsache der sozialen Unentbehrlichkeit des Zwanges zeigt sich in

¹ Spoendlin, S. 93 bemerkt nun, dass auch mit freiwilliger Zustimmung der Staat den Eingriff nicht vornehmen lassen darf, wenn er dazu nicht ermächtigt worden ist; jede diesbezügliche staatliche Einwirkung auf den individuellen Willensentschluss hat auf einer zweifelsfreien rechtlichen Grundlage zu fussen.

² z. B. die nationalsozialistische Erbpflege-Gesetzgebung.

³ Meier W., S. 34, Anm. 17 und S. 28.

allen Zweigen der Rechtsordnung.⁴ Die völkerrechtliche Selbstbehauptung und staatliche „Notwehr“ ruft der Notwendigkeit des *Militärzwangs*. Um einen anderen Staatszweck, den der Volksbildung, erfüllen zu können, besteht der *Schulzwang*. Und auf dem Gebiete der öffentlichen Gesundheitspflege gibt oder gab es in der Schweiz vielerorts einen allgemeinen oder auf bestimmte Teile der Bevölkerung beschränkten *Impfzwang*.⁵

Aber ein Zwang kann nur vorgesehen werden, wenn ein wichtiges Rechtsgut auf Kosten eines weniger wichtigen geschützt werden muss. Der Zwang erscheint als eine Art Notstandsmassnahme, wenn alle anderen Mittel versagen. Seine absoluten Voraussetzungen liegen in der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit seiner Anwendung⁶ und in seiner Legalität beziehungsweise Gesetzeskonformität. Über die tatsächliche Zweckmässigkeit der Zwangssterilisation herrscht kein Zweifel, wohl aber kann man bei der Frage der Notwendigkeit der Massnahme verschiedener Ansicht sein, und die Frage der Rechtllichkeit ist umso problematischer, als es abgesehen von der formellen juristischen Ableitung dieser Zwangsart um eine rechtsethische Stellungnahme des Gesetzgebers geht.

b) Das Prinzip der Freiwilligkeit

Die meisten Autoren treten ganz entschieden für das Prinzip der Freiwilligkeit ein.⁷

Das Prinzip der absoluten Freiwilligkeit, das die Sterilisationsoperation zu einem rein privatrechtlichen Anliegen macht, wäre tatsächlich die ideale Lösung, wenn man sich auf das ethische Verantwortungsbewusstsein der in Frage kommenden Personen verlassen könnte. Aber leider weicht die Wirklichkeit von diesem Idealzustand weit ab, indem von gewissen Geisteskranken — man denke etwa an die sog. moralisch Schwachsinnigen⁸ — kaum Einsicht erwartet werden darf, geschweige denn jene „Opferbereitschaft“, die in selbstloser Weise und sua sponte

⁴ Jhering, S. 231 Z. 4, 441, 444.

⁵ Zürcher Gesetz, aufgehoben im Jahre 1883, z. B. Thurgau, Verordnung v. 20. 7. 23 und v. 27. 3. 45.

⁶ Kukula, S. 76 und 102.

⁷ vgl. Hinderer, S. 28; Zurukzoglu, S. 49/50 in „Verhütung“.

Blacker, S. 87: „It is, in my opinion, noteworthy that the voluntary principle is invoked for a measure as drastic as this“.

⁸ Der moralisch Schwachsinnige (moral insane) kann in intellektueller Beziehung hochbegabt sein. Seine Debilität bezieht sich spezifisch auf die Fähigkeit zur moralischen Wertung seiner Handlungen.

vgl. Bleuler, S. 413, insbesondere Anm. 1. Darin ist auch seine gesellschaftliche Gefährlichkeit zu erblicken.

zum mindesten die Unannehmlichkeit eines chirurgischen Eingriffs auf sich nimmt.⁹

Ohne fördernde staatliche Mitwirkung wird somit der eugenische Gesichtspunkt praktisch kaum je wirksam werden.

c) Die virtuellen Möglichkeiten staatlicher Einwirkung

In der graduellen Abstufung der behördlichen Einwirkung ergeben sich folgende Möglichkeiten, zwischen denen de lege ferenda eine Wahl getroffen werden muss:

- absolute Freiwilligkeit¹⁰
- staatliche Einwirkung zur Förderung eugenischer Zwecke:
 1. staatliche Empfehlung, aber freiwillige Zustimmung;
 2. durch staatliche Druckmittel bewirkte Zustimmung;
 3. Zwang mit Einsprachemöglichkeit und Instanzenzug;
(z. B. USA)
 4. rigoroser, kategorischer Zwang (z. B. deutsches Erbpflege-Gesetz).

Nachdem bereits festgestellt worden ist, dass die absolute Freiwilligkeit das eugenische Ziel praktisch illusorisch macht, fragt man sich nun, in welchem Ausmass die staatliche Einwirkung praktisch vorzusehen ist.

Es ist unbestritten, dass der kategorische Zwang des deutschen Erbpflege-Gesetzes für uns ausser Betracht fällt, weil er mit dem Geist und System der schweizerischen Rechtsordnung unvereinbar ist. Auch der Sterilisationszwang im Sinne der amerikanischen Gesetze dürfte für schweizerische Verhältnisse nicht in Frage kommen. Nach wie vor steht der Souverän in der Schweiz dem Staatszwang skeptisch gegenüber; und so dürfte auch die „amerikanische“ Lösung *einem möglichen Referendum* kaum gewachsen sein.

Hat sich die staatliche Befürwortung der negativen Eugenik auf die blosse Empfehlung, d. h. einen von keinerlei rechtlichen Sanktionen oder Nachteilen belasteten Ratschlag zu beschränken? Darf ein Geisteskranker vor die Wahl gestellt werden, entweder zur Operation seine Einwilligung zu geben oder gewisse Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, z. B. Anstaltsversorgung, ständige Beaufsichtigung usw.? Innerhalb der Schranken von Recht und Billigkeit sind solche Druckmittel zulässig, wenn es um die Durchsetzung von schutzwürdigen Zwecken geht,

⁹ vgl. Oberholzer, S. 3.

¹⁰ Auf die Motive der persönlichen Willensbildung soll hier nicht eingegangen werden.

die anders nicht verfolgt werden können. Aber m. E. darf die psychologisch ungünstige Wirkung dieser Druckmittel nicht ausser Acht gelassen werden. Die aus Einsicht gegebene Zustimmung verdient im allgemeinen den Vorzug, auch wenn es von den psychiatrischen Experten oder von den zuständigen Organen grössere Bemühung verlangt, den Betreffenden zur Einsicht in die Bedeutung und Notwendigkeit seiner Zustimmung zu bringen. Bei den Handlungsunfähigen, für welche ein gesetzlicher Vertreter sorgt, ist dieses Hinführen zur Einsicht allerdings nicht nur oft schwer durchführbar oder gar unmöglich, sondern es ist auch rechtlich und psychologisch gar nicht notwendig.¹¹

II. Der Antrag

Von welcher Stelle soll nun der Anstoss zum verwaltungsrechtlichen Sterilisationsverfahren ausgehen, nachdem einmal feststeht, dass das „reine“ Freiwilligkeitsprinzip nicht ausreichend ist?

Da das Antragsrecht im administrativen Verfahren teilweise der Aktivlegitimation zur zivilprozessualen Klage entspricht, wird vor allem der persönlich Berechtigte (= Sterilisand) selbst oder sein gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen können. Darüber hinaus aber soll der Antrag einer Reihe von Personen und Instanzen zustehen, deren Aufgabe es nicht nur ist, das Wohl des Sterilisanden im Auge zu behalten, sondern die auf Grund ihrer beruflichen Ausbildung und sozialen Stellung auch dem Gemeinwohl verpflichtet sind. Zu dieser Gruppe von antragsberechtigten Personen sind zu rechnen:

1. der *behandelnde Arzt*, welcher einen Geisteskranken im psychiatrischen Sinne vor sich hat;
2. der *Richter*, welcher eine Geisteskrankheit im juristischen Sinne festgestellt hat;
3. alle jene *Verwaltungsinstanzen*, welche mit einem Geisteskranken im juristischen Sinn in Berührung kommen, ausgenommen die Vormundschaftsbehörden. (Diese sollten allein für Beschwerden des Mündels gegen den Vormund, also auch für solche, welche eine vormundschaftliche Zustimmung zur Sterilisation eines Geisteskranken zum Inhalt haben, zuständig sein. [Kompetenzkollision]).
4. die *Anstaltsleiter* bei versorgten und unter Vormundschaft gestellten Geisteskranken.

¹¹ Über die Frage der Berechtigung zur stellvertretenden Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter weiter unten, III.

Auch dem *Ehegatten* sollte in bestimmten Fällen ein selbständiges Antragsrecht eingeräumt werden, da dieser unter Umständen, insbesondere wenn er von einer Geltendmachung des ihm kraft Zivilrecht zustehenden Ehescheidungsgrundes absieht, ein grosses persönliches Interesse an der Sterilisation des geisteskranken Partners haben kann. Auch vom Standpunkt der Eugenik aus ist die Ausdehnung des Antragsrechtes auf den Ehegatten wünschbar, da oft Geisteskrankheiten zuerst nur im Kreise ihrer unmittelbaren Umgebung manifest werden.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass es sich immer nur um ein Antragsrecht handeln kann. Die Antragspflicht käme wiederum einer Zwangsordnung nahe, die bei uns aus den bereits erwähnten Gründen vor dem Souverän wenig Gnade finden dürfte. Die Redaktion des Gesetzes wird sich allerhöchstens die Ausgestaltung des Antragsrechtes als sog. „Soll“-Vorschrift gestatten dürfen, die wohl als Verhaltensvorschrift zu gelten pflegt, bei der aber die rechtliche Erzwingbarkeit ausgeschlossen ist.

III. Die vormundschaftliche Zustimmung

Die meisten Geisteskranken, vor allem die Geistesschwachen,¹² sind entweder völlig oder teilweise handlungsunfähig und unter Vormundschaft gestellt. Das selbständige rechtliche Handeln dieser Personen wird ersetzt oder ergänzt durch die Fürsorge des Vormunds, dem von Gesetzes wegen die Vertretungsmacht in den rechtlichen Angelegenheiten zusteht.

Wenn die Vertretungsmacht eine bedingungslos uneingeschränkte wäre, ergäben sich keine Schwierigkeiten; regelmässig wäre der gesetzliche Vertreter zuständig, den für den Mündel rechtlich relevanten Willensentschluss zu fassen. Aber in der Praxis wird trotz des allgemeinen Wortlautes des Gesetzes zugunsten des Mündels eine Sphäre geschaffen, die von der gesetzlichen Vertretungsmacht nicht erfasst werden darf, ein Gebiet, in welchem die Handlungsfähigkeit des Mündels erhalten bleibt. ZGB 19 II gestattet dem urteilsfähigen Mündel diejenigen Rechte auszuüben, die ihm „um seiner Persönlichkeit willen“ zustehen.

¹² Verwendung der juristischen Terminologie; vgl. S. 49 f. oben.

„Ob dieser Grundsatz auch gegenüber dem urteilsunfähigen Mündel gelten soll, sagt das Bundesgericht nicht; in zahlreichen Fällen gilt er . . .“¹³

Es könnte sich nun fragen, ob das Recht auf Nachkommenschaft eines dieser höchstpersönlichen Rechte ist, über das zu entscheiden dem Mündel vorbehalten bleibt. In der Literatur ist diese Frage meines Wissens noch gar nie aufgeworfen worden. Dies hat nach *Egger*¹⁴ darin seinen Grund, dass es der schweizerischen Rechtsprechung hier nicht darum geht, einen systematisch scharf abgegrenzten Begriff zu entwickeln, sondern dass sie bestrebt ist, „für jede Art von Amtshandlung die angemessene Lösung zu finden, . . .“.

Angesichts der Tatsache, dass dem Mündel unter anderem das Recht der Eheschliessung erhalten bleibt,¹⁵ läge die Vermutung allerdings nahe, dass auch hier der Mündel selbst entscheiden soll. Aber auch bei der Eheschliessung ist die Doktrin nicht konsequent: Obwohl das Recht der Eheschliessung zu den höchstpersönlichen Rechten gezählt wird, hat der Vormund seine Zustimmung, zwar nicht zur Wahl des Partners, so doch in Ausübung seines Fürsorgeamtes zur eigentlichen Eheschliessung abzugeben.¹⁶

Die Erörterung erhält allerdings durch den Umstand ein anderes Gesicht, dass es hier — auch gemäss der *ratio legis* von ZGB 97 II — nicht in erster Linie um den Sterilisanden geht, sondern vor allem um das Schicksal seiner gefährdeten Nachkommen; der soziale Gesichtspunkt der Eugenik erhält mehr Gewicht als der personalistische, der für die Frage der Eheschliessung an sich massgebend sein mag. Aber sogar in der Frage der Eheschliessung macht die Rechtsordnung sowohl bei Urteilsunfähigkeit als auch bei Geisteskrankheit einen rücksichtslosen Einbruch in die höchstpersönlichen Rechte, die in diesen beiden Fällen auch mit Zustimmung des Vormundes nicht ausgeübt werden dürfen. Der Einbruch findet seine Rechtfertigung im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung der Ausübung des persönlichen Rechts.¹⁷

¹³ Kaufmann, Komm. Art. 407. N. 9.

Persönlichkeitsrechte sind nach der Praxis des Bundesgerichts dann höchstpersönlicher Natur, wenn ihre Ausübung nicht delegiert werden kann, sei es, dass das positive Recht die Vertretung durch eine andere Person verbietet (z. B. Errichtung eines Testamentes usw.), oder dass das irrationale Moment bei der Willensbildung erfahrungsgemäss in gewissen Fällen dermassen überwiegt, dass nur das Gefühl des Berechtigten massgebend sein kann, und nicht dasjenige eines Dritten. Es entspricht dies der Auffassung, dass der unter Fürsorge gestellte Mündel nicht mehr entrechtet werden soll als unbedingt notwendig.

¹⁴ Komm. Art. 407 N. 9.

¹⁵ unter Einschränkungen.

¹⁶ Kaufmann, Komm. Art. 407 N. 16; ZGB 99.

¹⁷ Bl. f. Zch. R'spr. n. F. 31—1: allg. über Schranken d. Persönlichkeitsschutzes.

Sind die urteilsfähigen und urteilsunfähigen Geisteskranken gleich zu behandeln? Der urteilsfähige Geisteskranke sollte freilich einem anderen Regime unterworfen sein als derjenige, dessen Erkenntnisvermögen nicht ausreicht, die Natur seiner Krankheit und die Tragweite seiner Verantwortlichkeit der zukünftigen Generation gegenüber einzusehen. Demnach wäre also das Kriterium nicht in der Frage zu sehen, ob es sich um die Betätigung eines höchstpersönlichen Rechts handelt, sondern im Moment der spezifischen Urteilsfähigkeit des Geisteskranken?

Der Vormund soll das Wohl seines Mündels wahren, gleichviel, ob dieser urteilsfähig ist oder nicht. Da er auch im Falle der Urteilsfähigkeit seines Mündels die Zustimmung zur Eheschliessung abgeben soll, wird sie auch im Falle der Geisteskrankheit zur Sterilisation, d. h. unter Umständen zur Schaffung der praktisch notwendigen Voraussetzung der Eheschliessung eines Geisteskranken, zu verlangen sein. *Zur Gewährleistung einer objektiv richtigen Würdigung der persönlichen Umstände scheint es ratsam, die Zustimmung dem Vormund allein zu überbinden*, was anderseits eine Konsultation des Mündels nicht ausschliesst. Bei einem objektiv unrichtigen Entscheid kann somit der Vormund verantwortlich gemacht werden in den Schranken seiner Sorgfaltspflicht. Diese Regelung bietet ausserdem in Bezug auf die Wirksamkeit einen geringen, privatrechtlich systemrichtigen Ersatz für den in der Schweiz nicht einföhrbaren öffentlich-rechtlichen Zwang. Dabei steht dem Mündel immer noch die *Beschwerde* an die Vormundschaftsbehörde und, in zweiter Instanz, an die Aufsichtsbehörde zu,¹⁸ welche in jedem Fall von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters *vor* der Sterilisationsoperation in Kenntnis gesetzt worden sein soll.

IV. Der andere Ehegatte

a) Das Mitspracherecht

Da die Sterilisation nicht nur ein Eingriff ist, der die Persönlichkeit des zu Sterilisierenden und die Interessen der Allgemeinheit berührt, sondern auch die ehelichen Erwartungen und Wünsche des anderen Gatten in Mitleidenschaft ziehen kann, liegt der Gedanke nahe, auch diesem ein gesetzliches Mitspracherecht zu erteilen. Mehrere ausländische Gesetze verlangen in der Tat bei verheirateten Sterilisanden die Zustimmung des Ehegatten. Auch in der Schweiz (z. B. Bern, Zürich) wird diese Zustimmung zuweilen eingeholt.

¹⁸ ZGB 420.

Ist die Zustimmung des anderen Ehegatten ein notwendiges Erfordernis?

Vor allem muss einmal darauf hingewiesen werden, dass im schweizerischen Recht die Kinderlosigkeit allein keinen Scheidungsgrund darstellt¹⁹ und auch nicht in die Generalklausel hineininterpretiert werden darf. Der Gesetzgeber wollte die Ehe in der Hauptsache personalistisch und individualistisch aufgefasst wissen;²⁰ die Kinder sind demnach eine sekundäre, akzessorische, allerdings meist natürliche Folge der ehelichen Gemeinschaft. Andererseits machte allerdings *Eugen Huber*²¹ darauf aufmerksam, dass trotzdem die Ehe „wesentlich auch sozialen Charakter hat“. Das Institut der Ehe trägt aber den staatlichen, bevölkerungspolitischen Zweck der Nachkommenschaftserzeugung nicht primär in sich.

Beim Sterilisanden muss eine hereditäre Geisteskrankheit vorliegen, welche unter Umständen schwerwiegend genug ist, dass der andere Ehegatte beim Richter auf Grund von Art. 141 ZGB mit der Scheidungsklage durchdringen könnte. *Egger*²² schreibt ausdrücklich, dass die Ehescheidung auf Grund von Geisteskrankheit des anderen Gatten ihre Rechtfertigung auch „in den Gefahren und Schäden... für die Nachkommenschaft...“ findet. M. E. kann sich der gesunde Ehegatte dem eugenischen Gesichtspunkt des Rechts auch dann nicht verschliessen, wenn er aus irgendwelchen anderen Gründen von einer Scheidungsklage gemäss ZGB 141 Umgang nimmt.

Es ist nicht einzusehen, warum er, vorausgesetzt, dass er der Einsicht in die weiteren Zusammenhänge fähig ist, seine Zustimmung nicht geben sollte. Die eugenische Massnahme liegt ja nicht zuletzt auch in seinem eigenen, richtig verstandenen Interesse.

Demnach soll dem Ehegatten weder ein allgemeines Zustimmungsnach Einspracherecht gegeben werden.

Immerhin erscheint es nur als billig, dass die Zustimmung des Ehegatten in jenen Fällen verlangt wird, in denen sich ein Erbgeschädigter oder psychiatrisch diagnostizierter Geisteskranker freiwillig aus eugenischen Gründen sterilisieren lassen will, insbesondere wenn seine Geisteskrankheit etwa die Schwelle der juristischen Relevanz nicht erreicht hat.²³ Es wäre unbillig, ihm in jenen Fällen die Mitsprache zu

¹⁹ Egger, Komm. Art. 142, N. 6 in fine.

²⁰ Egger, Familienrecht, Einleitung, N. 22/23.

²¹ Erläuterungen zum Vorentwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches, Bern 1914, S. 132.

²² Egger, Komm. Art. 141, N. 2.

²³ siehe vorne S. 49.

verwehren, wo das Gesetz selber den eugenischen Gesichtspunkt nicht vertritt. Gerade in solchen Fällen soll es voll und ganz Sache der Ehegatten bleiben, ob sie ihre Nachkommenschaft verantworten wollen oder nicht. Eine sich über die eugenische Sterilisation hinaus, d. h. auf diesen medizinischen Eingriff schlechthin ausdehnende Gesetzgebung müsste m. E. unbedingt das Requisit der Zustimmung des Ehegatten berücksichtigen.

b) Die stellvertretende Sterilisation

Der andere Ehegatte kann auch in anderer Beziehung noch in eine mitwirkende Rolle gedrängt werden. Es handelt sich hier um die sog. stellvertretende Sterilisation, bei der aus gewissen Gründen nicht der eigentlich der Massnahme würdige kranke Sterilisand, sondern sein Partner operiert wird.

Die stellvertretende Sterilisation ist vom eugenischen Standpunkte aus, wie andernorts dargelegt wurde,²⁴ nicht sehr erwünscht. Die relative Wirksamkeit dieser Massnahme und die ausgesprochene Opportunität des chirurgischen Eingriffes am Manne können nicht darüber hinwegtäuschen, dass, eine andere Geschlechtsverbindung des einen oder anderen Partners vorausgesetzt, entweder kranke Nachkommenschaft nicht verhindert wird bzw. gesunde Deszendenten verunmöglicht werden.

Die stellvertretende Sterilisation steht rechtlich der Sterilisation eines Gesunden weitgehend gleich; die spezifisch eugenische Rechtfertigung des Eingriffes besteht nur im Hinblick auf eine bestimmte Geschlechtsverbindung bzw. Ehe und nicht auf jede Kopula schlechthin, wie dies allerdings beim kranken Partner der Fall sein mag. Je nach der Einstellung zur Frage des grundsätzlichen Verfügungsrechtes über die Fruchtbarkeit, d. h. je nach der Bewertung des Wertes des potentiellen Lebens durch die Rechtsordnung, ist die stellvertretende Sterilisation ausdrücklich zuzulassen oder auszuschliessen. Sie ist dann ohne weiteres als zulässig zu betrachten, wenn die Verfügung über das potentielle Leben der absoluten Willkür des Einzelnen anheimgestellt ist. Dies ist für die Schweiz mangels rechtlicher Normierung gegenwärtig eine offene Frage.

M. E. ist die stellvertretende Sterilisation angesichts der nie völlig überblickbaren Wechselfälle des Lebens im Interesse des Staates an gesunder Nachkommenschaft und im Hinblick auf eine stets mögliche Änderung der Einstellung des gesunden Teils zur Frage der Prokreation bei veränderten Verhältnissen eher abzulehnen.

²⁴ vgl. S. 74/75.

Die positive Einstellung bzw. Befürwortung der eugenischen Sterilisation präjudiziert in keiner Weise die Stellungnahme zur nicht-medizinischen und somit auch nicht zu der weitgehend mit ihr in Bezug auf ihre Problematik identischen stellvertretenden Sterilisation. In einer sich lediglich auf die Sterilisation von Geisteskranken bzw. die eugenische Sterilisation gemeinhin beziehenden Gesetzgebung kann diese heikle Frage leicht unentschieden gelassen werden, ohne dass die Nachteile allzu stark ins Gewicht fallen. Die Umgehung einer definitiven Entscheidung dieser Frage in der Schweiz, zum mindesten jedoch in der Bundesgesetzgebung, drängt sich aus Gründen der politischen Opportunität auf.

V. Die gesetzliche Kautelenordnung

Eine so im wahrsten Sinne des Wortes schicksalbestimmende Massnahme wie diejenige der eugenischen Sterilisation bedarf, um vor dolosem Missbrauch und irrtümlicher Fehldiagnose Sicherheit zu gewähren, einer einheitlichen und in jedem einzelnen Fall genau zu beobachtenden Kautelenordnung. Gerade weil so unendlich viel auf dem Spiele steht, ist hier ein rigoröser Formalismus nicht fehl am Platze.

Zur Feststellung der materiellen Voraussetzungen erscheint zum mindesten *die übereinstimmende und einwandfreie Diagnose zweier patentierter Ärzte, von denen bei Geisteskrankheit einer Psychiater sein soll*, erforderlich. Die beiden Diagnosen sollen sich — in Anlehnung an die Verfahrensregelung zum waadtländischen Sterilisationsgesetz — insbesondere aussprechen über:

1. das Vorliegen eines Erbschadens und einer damit im Zusammenhang stehenden Geisteskrankheit,
2. den Krankheitsverlauf und die Heilbarkeitsaussichten,
3. die hohe Wahrscheinlichkeit der Heredität bei den Nachkommen.

Als wichtige Vorsichtsmassnahme formeller Art erscheint vor allem das Erfordernis der *Schriftlichkeit der Zustimmung* des Sterilisanden bzw. seines gesetzlichen Vertreters. Diese ist nicht nur aus Gründen der Beweiserleichterung zu verlangen, sondern hauptsächlich auch, um dem Zustimmenden die Bedeutung und Verantwortungsschwere seiner Willenskundgebung klarer ins Bewusstsein zu rufen. Derselbe Grund hat den Gesetzgeber auch in anderen Fällen dazu bewegt, eine qualifizierte Form der Willenserklärung vorzuschreiben.²⁵

²⁵ z. B. OR 494: Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft eines Verheirateten.

StrGB 120 sieht für die Fälle der Notstandshilfe vor, dass ausser zwei Gutachten patentierter Ärzte auch die „Anzeige an die zuständige Behörde“ post factum zu fordern sei. Für die Sterilisation, wo auf einen Notstandsfall nicht Rücksicht genommen werden muss, ist eine analoge Lösung nicht opportun. Aber die Entscheidung für die vorzunehmende Operation sollte trotzdem nicht ausschliesslich den Ärzten überlassen bleiben, wenn schon ihr sachliches Gutachten naturgemäss stark ins Gewicht fallen wird: *Der endgültige Entscheid über die Vornahme der Operation sollte bei der kantonalen Gesundheitsbehörde liegen*, welche von Amtes wegen zur Überprüfung der rechtlichen Voraussetzungen verpflichtet wäre; gegen ihren Entscheid bliebe immer noch als ultimum refugium der verwaltungsrechtliche Beschwerdeweg übrig.

VI. Systematische Darstellung der vorgeschlagenen Regelung

	Antragsrecht	Zustimmung schriftl.	Beschwerdeinstanz	Entscheid.instanz
1. Erbgeschäd. Geistesgesunde	Sterilisand	Sterilisand u. 2 Ärzte (u. Ehegatte)		
2. Geisteskranke i. w. S. (nur psychiatrisch)	Sterilisand	Sterilisand u. 2 Ärzte (u. Ehegatte)		
3. Geisteskranke i. e. S. (auch jurist.)				
– Urteilsfähige (nicht bevormundet)	Sterilisand Behörden, Arzt, Richter, (Ehegatte)	Sterilisand u. 2 Ärzte		Kantonale Gesundheits- behörde (Ist die kantonale Gesundh.Behörde Antragsteller, so muss d. Entscheid bei der ihr über- geordnet. Instanz liegen)
– Urteilsfähige (bevormundet)	Sterilisand, Behörden, Vormd., Arzt, Richter, (Ehegatte)	Vormund u. 2 Ärzte	Vormundschafts- behörde	
– Urteilsunfähige (bevormundete)	Behörden, Vormund, Arzt, Anstaltsleiter Richter (Ehegatte)	Vormund u. 2 Ärzte	Vormundschafts- behörde	

Anhang I:

COMMUNE D'ORMONT-DESSUS CONTRE X.X. ET Y.Y. LES DIABLERETS

Transaction

entre:

- 1) La Commune d'Ormont-dessus, au nom de laquelle agit sa Municipalité;
- 2) Le Ministère public du canton de Vaud, à Lausanne;
- 3) X.X., aux Diablerets, représenté par son tuteur, M, N.N.;
- 4) Mlle Y.Y.

Pour mettre fin au procès en interdiction de mariage ouvert devant le Tribunal du district d'Aigle par la Commune d'Ormont-dessus contre X. X. et Y. Y. par exploit-demande du 24 juin 1938, parties sont convenues de ce qui suit:

I. X. X. et Y. Y. ont subi l'opération de la stérilisation, le premier à l'Hôpital Cantonal, service de chirurgie, le 19 mai 1939, la seconde à la Maternité de Lausanne, le 16 décembre 1939.

II. La tutelle dont X. X. est pourvu reste maintenue.

III. La Commune d'Ormont-dessus et le Ministère public retirent les conclusions prises par exploit-demande du 24 juin 1938 et à l'audience de M. le Président du tribunal du district d'Aigle le 7 juillet 1938.

IV. X.X. participe aux frais d'expertise en payant à la Commune d'Ormont-dessus. Ils rencontrent au surplus à s'opposer au mariage de X. X. et de Y. Y.

la somme de deux cents francs (fr. 200.—). Pour le surplus, chaque partie supporte ses propres frais.

V. Parties se déclarent hors de cause et de procès.

VI. Parties produisent deux déclarations médicales des 27 juillet et 9 mars 1940.

Les Diablerets et Lausanne, le 15 mars 1940.

Au Nom de la Municipalité d'Ormont-dessus, le Syndic: sig. A. A. le Secrétaire: B. B.
Pour le procureur général. Lausanne, 20. 3. 40. sig. C. C., subst. signé: X. X.,
Y. Y., N. N., tuteur.

Anhang II:

STERILISATIONSGESETZ VON CANADA*

(Britisch Kolumbien)

His MAJESTY, by and with advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:—

Short title

1. This Act may be cited as the „Sexual Sterilisation Act“.

Board of Eugenics

2. For the purposes of this Act, the Lieutenant-Governor in Council may from time to time appoint three persons, one of whom shall be a Judge of a Court of Record in the Province, one of whom shall be a psychiatrist, and one of whom shall be a person experienced in social-welfare work, who shall constitute a Board to be known as the „Board of Eugenics.“

Recommendation of Superintendent of institution

3. (1) Where it appears to the Superintendent of any institution within the scope of this Act that any inmate of that institution, if discharged therefrom without being subjected to an operation for sexual sterilization, would be likely to beget or bear children who by reason of inheritance would have a tendency to serious mental disease or mental deficiency, the Superintendent may submit to the Board of Eugenics a recommendation that a surgical operation be performed upon that inmate for sexual sterilization.

Particulars accompanying recommendation

- (2) The recommendation of the Superintendent shall be in writing, and be accompanied by a statement setting forth the history of the inmate as shown in the records of the institution, so far as it bears upon the recommendation, and setting forth the reasons why sexual sterilization is recommended.

Examination of inmate

- (3) The Superintendent may cause the inmate to be examined by or in the presence of the Board of Eugenics.

* Abdruck an dieser Stelle zwecks Ergänzung der in der kontinental-europäischen Literatur bereits bekannten Gesetze.

Power to order surgical operation

4. (1) If upon such examination of the inmate the Board of Eugenics is unanimously of opinion that procreation by the inmate would be likely to produce children who by reason of inheritance would have a tendency to serious mental disease or mental deficiency, the Board may by an order in writing signed by its members direct such surgical operation for sexual sterilization of the inmate as is set out in the order, and may appoint some legally qualified medical practitioner to perform the operation.
- (2) Nothing in this section or in any order made under it shall prevent the inmate, or any person acting on behalf of the inmate, from selecting and employing at the expense of the inmate a duly qualified medical practitioner to attend in consultation at or to perform the operation directed by the order of the Board of Eugenics.

Consent of inmate or other person

5. The operation directed by the order of the Board of Eugenics in any case shall not be performed unless the inmate has consented thereto in writing, if in the opinion of the Board the inmate is capable of giving consent, or, if in the opinion of the Board the inmate is not capable of giving, unless the husband or wife of the inmate or, in case the inmate is unmarried, the parent or guardian of the inmate has consented thereto in writing, or, in case the inmate has no husband, wife, parent, or guardian resident in the Province, the Provincial Secretary has consented thereto in writing.

Protection from action

6. A legally qualified medical practitioner appointed by the Board of Eugenics to perform any surgical operation on an inmate duly directed by order of the Board pursuant to this Act shall not be liable to any civil action whatsoever by reason of the performance thereof, except in the case of negligence in the performance of the operation.

Expenses of members of Board of Eugenics

7. (1) The members of the Board of Eugenics shall not receive any compensation for their services, but they shall be paid the amount of the travelling and other personal expenses necessarily incurred by them in the discharge of their official duties.

Remuneration of physician

- (2) Every legally qualified medical practitioner appointed by the Board of Eugenics who performs an operation on any inmate as directed by the Board shall be paid his proper fees therefore.

Appropriation

- (3) All expenses and fees payable under this section in respect of any inmate shall be paid out of the moneys appropriated for the purposes of the institution in which that inmate is a patient or is in custody or under detention.

Legislative authority

8. This Act shall have effect only in so far as the legislative authority of the Province extends.

LITERATURVERZEICHNIS

- Aster, von, E., „Psychoanalyse“, Bern 1949.
- Bauer, J., „Zur Beurteilung der durch Sterilisierung erzielbaren, eugenischen Resultate“, Wiener Med. Wochenschrift, S. 821/1936.
- Bickel, S., „Kantonales Verfassungsrecht in den Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts“, Zürich, Diss. 1900.
- Bickel, W., „Bevölkerungsgeschichte und Bevölkerungspolitik der Schweiz“, Zürich 1947.
- Binder, H., „Psychiatrische Untersuchungen über die Folgen der operativen Sterilisierung der Frau durch partielle Tubenresektion“, Arch. f. Neurologie, Bd. 40, 1937/38.
- „Die Geisteskrankheit im Recht“, Zürich 1952.
- Binding, K., Hoche, A., „Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ Leipzig 1920.
- Binswanger, H., „Leitfaden der forensischen Psychiatrie“, Zürich 1945.
- Blacker, C. P., „Voluntary Sterilization“, London 1934.
- Bleuler, M., „Lehrbuch der Psychiatrie“, 8. Auflage 1943, Springer Berlin.
- Boven, W., „Similarité et mendélisme dans l'hérédité de la Démence précoce et de la Folie maniaque-dépressive“, Diss. Lausanne 1915.
- „L'Hérédité des Affections schizophréniques“, Paris 1936.
- Böckli, H. R., „Materiale Wertethik und richtiges Recht.“ Zürich 1952.
- Brunner, K., „Die Lehre vom Verwaltungszwang“, Diss. Zürich 1923.
- Burckhardt, W., „Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung“, Bern 1925, Abhandlung zum schweiz. Recht, N. F. Heft 8.
- „Kommentar der schweiz. BV“, 3. Auflage, Bern 1931.
- „Methode und System des Rechts“, Zürich 1936.
- Darwin, L., „The Need for Eugenic Reform“, London 1926.
- Dukor, B., „Das schweizerische Eheverbot für Urteilsunfähige und Geisteskranke“ Zürich 1939.
- Du Pasquier, C., „Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit“ 2e édition, Neuchâtel 1942.
- Egger, „Kommentar zum ZGB“, 2. Auflage 1936.
- „Über die Rechtsethik des schweiz. Zivilgesetzbuches“, 2. Aufl., Zürich 1950.
- Fickert, H., „Rassenhygienische Verbrechensbekämpfung“, Kriminalistische Abhandlungen, Aufsatz 1938.
- Fleiner, F., „Einzelrecht und öffentliches Interesse“, Tübingen 1908.
- „Zur Technik des Verwaltungsrechts“ (Sonderdruck eines Aufsatzes).
- Forel, A., „Das Recht im Irrenwesen“, Ztschr. f. schweiz. Recht 1891, Heft IV und V.
- „Über die Zurechnungsfähigkeit des normalen Menschen“, 2. Auflage, München 1901.
- „Zum Entwurf eines schweizerischen Irrengesetzes“, Ztschr. f. schweiz. Recht 1893, S. 313.
- „Malthusianismus oder Eugenik?“, München 1911.
- Forrer, O., „Rassenhygiene und Ehegesetzgebung im schweiz. Zivilgesetzbuch“, Aarau 1913.
- Germann, O. A., „Das Verbrechen im neuen Strafrecht“, Zürich 1942 (zit. „Verbrechen“).
- „Methodische Grundfragen“, Basel 1942 (zit. „Grundfragen“).
- Giacometti/Fleiner, „Das schweiz. Bundesstaatsrecht“, Zürich 1949.

- Griot, G., „Das Recht am eigenen Körper“, Diss. Zürich 1921.
- Gschwind, M., „Die Sterilisation im schweiz. Recht“, Diss. Basel 1950.
- Günthart, A., „Einführung in die Vererbungslehre“, Bern 1946.
- Guggenbühl, A., „Über die Häufigkeit gemäss dem ZGB ungültiger Eheschliessungen Geisteskranker mit praktischen Vorschlägen zu deren Verhütung“, med. Diss. Zürich 1920.
- Guggisberg, H., „Vererbung und Übertragung“, Rektoratsrede Bern 1920.
- Hansen, K., „Das norwegische Sterilisationsgesetz“, Aufsatz im Bericht der XII. Versammlung der internat. Federation eugenischer Organisationen, 1936, S. 37/38.
- Hinderer, M., „Über die Sterilisation des Mannes und ihre Auswirkungen“, Diss. Zürich 1947.
- Hippel, von E., „Einführung in die Rechtstheorie“, Bonn 1947.
- Hofstein, von N., „Sterilization in Sweden“, Aufsatz im Bericht der oben zit. Versammlung (Hansen), S. 39/41.
- Hughes, James E., „Eugenic Sterilization in the United States“, Suppl. No. 162 to the Public Health Reports, 1939, Washington DC.
- Huizinga, J., „Wenn die Waffen schweigen“, Basel 1945.
- Human Betterment Association, „Digest of U.S. State Sterilization Laws“, New York 1952.
- „Sterilizations reported in the United States to January 1, 1953“.
- Jellinek, W., „Schöpferische Rechtswissenschaft“, Rektoratsrede Kiel 1928.
- „Verwaltungsrecht“, Berlin 1929 (2. Auflage).
- Jhering, von, Rud., „Der Zweck im Recht“, 4. Auflage, Leipzig 1904.
- Kaufmann, J., „Familienrecht“, 3. Abt. (Vormundschaft), Kommentar, Bern 1924.
- Krempel, B., „Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung“, Einsiedeln 1941.
- Kulemann, W., „Christentum und Malthusianismus“, Göttingen 1897.
- Kukula, R., „Der Verwaltungszwang“, Wien 1918.
- Landman, J. H., „The Human Sterilization Movement“, im Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. XXIV, S. 400, Chicago 1936.
- Leers, von, „Blut und Rasse in der Gesetzgebung“, 1936.
- Lipps, Th., „Die ethischen Grundfragen“, Hamburg 1899.
- Lutz, A., „Zum Problem der Urteilsfähigkeit“, Zürich 1927.
- Lüchinger, H. G., „Die Interpretation der Bundesverfassung“, Diss. Zürich, ersch. 1954.
- Malthus, T. R., „An Essay on the Principle of Population“, 7. Auflage, London 1872.
- Mayer, Joseph, „Gesetzliche Unfruchtbarmachung von Geisteskranken“, Diss. Freiburg i. Br. 1927.
- Mayer, Otto, „Deutsches Verwaltungsrecht“, 9. Auflage 1924.
- Meier, Willy, „Der menschliche Körper als Schutzobjekt im Verwaltungsrecht“, 1923 Diss.
- Mommsen, Th., „Sterilisation und Kastration als Rechtsprobleme“, Diss. Erlangen 1934.
- Muckermann, „Eugenik“, 1934.
- Naecke, Archiv für Kriminalanthropologie, Bd. III.
- Oberholzer, E., „Kastration und Sterilisation von Geisteskranken in der Schweiz“, med. Diss. Zürich 1911.
- Pfenninger, H. F., „Die gesetzliche Regelung der Kastration“, Aufsatz, Schweiz. Juristen-Zeitung 1951, Heft 11.
- Pearson, K., „Zweck und Bedeutung einer nationalen Rassenhygiene für den Staat“ Rede Oxford 1907, Druck München 1908.
- Piechowicz, J., „Die Tötung auf Verlangen nach dem geltenden schweizerischen Recht“, Diss. Fribourg 1946/48.
- Placzek, „Künstliche Fehlgeburt und künstliche Unfruchtbarmachung“, Leipzig 1913.
- Popenoe, „Progress of Sterilization in the United States“, Aufsatz im oben zit. Bericht (vgl. Hansen), S. 42 ff.

- Riederer—von Paar, V., „Vererbungslehre“, München 1938.
 Roper, Allan G., „Ancient Eugenics“, London 1913.
 Ruck, E., „Schweiz. Staatsrecht“, Zürich 1933.
 — „Schweiz. Verwaltungsrecht“, 2. Auflage, Zürich 1939.
 Ruppert, W., „Die Untersuchung von Verfassungsinitiative und Gesetzesinitiative in den schweiz. Kantonen“, St. Gallen 1931.
 Ruttke, „Vortrag am intern. Kongress für Bevölkerungswissenschaft“, Berlin 1935.
 — „Erbpflege in der deutschen Gesetzgebung“, Aufsatz im oben zit. Bericht (vgl. Hansen).
 Sinzheimer, H., „Theorie der Gesetzgebung“, Haarlem 1948.
 Schindler, D., „Verfassungsrecht und soziale Struktur“, Zürich 1944.
 Schnitzler, A. F., „Vergleichende Rechtslehre“, Basel 1949.
 Spinner, J. R., „Ärztliches Recht“, Berlin 1914.
 Spoendlin, K., „Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit“, Zürich Diss. 1945.
 Stuckart-Schiedermaier, „Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Deutschen Reiches“, Leipzig 1944.
 Sury, von, „Die Berechtigung der sozialen Indikation zur Sterilisation und ihre forensische Beurteilung“, Vierteljahresschrift für gerichtl. und öffentl. Medizin, 3. Folge, Bd. 43 II. Suppl.
 Sutter, J., „L'Eugénique“, Paris 1950.
 Szondi, L., „Schicksalsanalyse“, 2. Auflage, Basel 1948.
 — „Triebpathologie“, Bern 1952.
 Wad, Gunnar, „Danish Sterilization Law“, Aufsatz im oben zit. Bericht (vgl. Hansen), S. 32.
 Zangger, H., „Medizin und Recht“, Zürich 1920.
 Zurukzoglul, St., „Die Verhütung erbkranken Nachwuchses“, Basel 1938 (zit. „Verhütung“).
 — „Biologische Probleme der Rassenhygiene und die Kulturvölker“, in den „Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens“, München 1925.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

- Anm. = Anmerkung
 Art. = Artikel
 BGE = Bundesgerichtsentscheid
 Bl. f. Z. R'spr. = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
 BV = Bundesverfassung
 Diss. = Dissertation
 ff. = folgende
 Komm. = Kommentar
 KV = Kantonsverfassung
 m. E. = meines Erachtens
 N. = Note
 OR = Obligationenrecht (des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs)
 S. = Seite
 sog. = sogenannt
 Sten. Bull. = Stenographisches Bulletin
 Str. GB. = Strafgesetzbuch
 u. a. = unter anderem
 z. B. = zum Beispiel
 ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch
 Z. = Ziffer

CURRICULUM VITAE

Als Bürger von Frauenfeld bin ich am 12. 8. 1924 in Basel geboren worden. Ich durchlief die Primarschule von Binningen (Basel-land), das Real-Gymnasium von Basel und die Gymnasial-Abteilung der Thurgauischen Kantonsschule in Frauenfeld, wo ich im Frühjahr 1943 abturierte (Matura Typus B). Nach einem Bankvolontariat in Genf immatrikulierte ich mich im Herbst 1943 an der juristischen Fakultät der Universität Lausanne. In der Folge studierte ich, mit Unterbrüchen für die üblichen Militärdienste, in Basel (1945—1948), in Perugia (1947) und in Zürich (1948—1950). Im Sommer 1945 war ich als Reisebegleiter bei der amerikanischen Urlauberaktion in der Schweiz tätig.

